4405 Bibl. Mont

Beyträge

zur

Rechtswissenschaft Deutschlands,

vorzüglich

zur transitorischen des nordwestlichen Theiles und der am linken Ufer des Rheines liegenden Provinzen desselben,

Bayerische Staatsbibliothek München

von

Friedrich Karl von Strombeck,

vormahligem Präsidenten des Appellationshofes zu Celle und Staatsrathe in der Justizsection zu Cassel.

Göttingen

bei Heinrich Dieterich

1816.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Seit Jahrhunderten hatte Deutschland in seiner Gesetzgebung keine wesentliche Veränderung erfahren, als mit dem Anfange des Jahres tausend achthundert und acht in den mehrsten Provinzen des nordwestlichen Theiles desselben eine solche vorging. Indem von dem öffentlichen Rechte, in allen seinen Beziehungen, nichts übrig blieb, stürzte auch der größte Theil der Privatgesetzgebung zusammen, und ein neues Gebäude erhob sich statt des alten: vollkommener in manchen Theilen, unvollkommener in andern, für den Beginn unbequemer in den meisten, da dessen Einrichtung unbekannt, oder auch nach den bisherigen Gewohnheiten der Bewohner nicht eingerichtet war.

Mit fast allgemeinem Widerwillen wurde daher die neue Gesetzgebung aufgenommen; selbst die meisten Lobpreiser derselben meinten es nicht aufrichtig, sondern wurden mehr durch Rücksichten auf ihren Privatnutzen, als durch das gemeine Beste bestimmt; daher sie denn auch eben so schnell, sich zu den schnödesten Verächtern des so eben noch von ihnen Gepriesenen verwandelten. Doch, man mußte sich fügen, und nun entstanden der Schwierigkeiten unendliche, veranlaßt von der Durchkreuzung der alten und neuen Rechte und der fast allgemeinenen Unbekanntschaft mit dem Geiste der letztern. Da standen thätige und patriotische Männer auf, einen einmahl nothwendig zu wandelnden Weg zu bahnen, auf den man nicht nur strauchelte, sondern welcher zum Theil noch als gänzlich versperret sich darstellte. Wer erinnert sich nicht der Nahmen: Weber (dessen Werk über die rückwirkende Kraft der Gesetze so manche Schwierigkeit beseitigte), von Almedingen, Grolmann, Bauer, Schmidt, Seidensticker, Brauer, Spangenberg, Oesterley, von Bülow, Pfeiffer, Brinkmann, Planck und anderer ehrenwerthen Männer, unter denen ich auch vorzüglich meinen Bruder, den jetzigen königlich-Preußischen Ober-

Landes-Gerichtsrath von Strombeck zu Halberstadt nennen darf, als den, welcher unter Allen den westphälischen Proceß am klarsten dargestellet hat. Wer, der die Rechtswissenschaft auszuüben verpflichtet war, gedenkt nicht der Erleichterung, welche er durch die Arbeiten solcher Männer empfing? sollte diese Erinnerung auch nicht überall eine dankbare seyn, da es leider eine zwar im höchsten Grade niederschlagende, aber deßhalb nicht weniger richtige Bemerkung ist, daß der Wohlthäter (nach genossener Wohlthat) gewöhnlich eben so sehr gehaßt, als die Wohlthat geliebt wird: eine Erscheinung die dann erst völlig sichtbar wird, wenn man des ersten nicht mehr bedürftig zu seyn glaubt.

Durch die Bemühungen der genannten und anderer thätiger Männer kam allmählig die neue Gesetzgebung in Gang; man lernte ihre guten Seiten kennen, man ward aufmerksam auf ihre vielfältigen, von freyen Gemüthern nie verheimlichten Fehler, als der Urheber der neuen Gesetze auch ihr Zerstörer ward: was er durch Waffen erworben, durch Waffen verlierend *).

*) *Suarum legum auctor idem ac subuersor: quae armis tuebatur armis amisit. Tacit. Annal III.* 28.

Nun eilte man das Neue und Fremde auszuheben, und das Alte, Vaterländische wieder herzustellen (getrieben von edler Vaterlandsliebe, Sorge für das gemeine Beste, Haß und Vorurtheilen), ganz und ohne Ausnahme, wo man das Neue schon deßhalb haßte, weil es neu und fremd war; theilweise, da wo man achtete, das Gute verliere nicht an seinem Werthe, weil es selbst vom Feinde erlernet. Dieser letzte Grundsatz ward, wie in mehreren Provinzen Deutschlands, so auch im Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel befolgt, dessen neue Proceßgesetze eine bedeutende Zahl der Mängel des alten Verfahrens beseitigen.

Neue Schwierigkeiten führte dieser abermahlige Umsturz der Gesetze herbey: Schwierigkeiten, die um so größer sind, da die hergestellten Verfassungen nicht allenhalben eine Behörde anordneten, an die der practische Rechtsgelehrte, ja der Staatsbürger im Allgemeinen, sich in seinen, aus den Reibungen zwischen den alten und neuen Gesetzen herrührenden Verlegenheiten wenden könnte, und die ihn mit dem Scharfsinne, der unermüdlichen Geduld, der Klarheit und der menschenfreundlichen Schonung beschiede, als dieses der westphälische Justizminister

Siméon zu thun gewohnt war: ein Mann, wegen seiner herrlichen Eigenschaften und seines stäten Bestrebens die Gerechtigkeitspflege möglichst zu vervollkommnen, werth der höchsten Achtung, des innigsten Dankes. — Edeler Greis, du wirst diese Worte nicht erfahren; aber ist es süß und ehrenvoll von guten Menschen Lob zu empfangen: so ist auch die Empfindung erhebend, den Guten und Edelen jeder Völkerschaft, jedes Glaubens öffentlich Lob spenden zu dürfen! Dann besonders, wenn es nicht mehr möglich ist, dem aus vollem Herzen gesprochenen Lobe Nebenabsichten anzudichten. — *)

Der Natur der Sache nach, welche von der neuen Braunschweigischen Gesetzgebung ausdrücklich ausgesprochen **), ist ein jedes Geschäft nach denjeni-

---

*) Eine ähnliche Lobrede hielt ich einst öffentlich einem Hannoverschen Justizminister (dem Herrn von der Wense), als es eben so wenig üblich war die Hannoverschen als jetzt die Westphälischen Minister öffentlich zu loben. (S. Hassels und Murhards Journal: Westphalen unter Hieronymus Napoleon, März 1812. No I.

**) Herzogl. Verordnung vom 18ten Januar 1814. §. 9. "Alle zur Entscheidung der Gerichte kommenden Gegenstände werden nach den Rechten beur-

genigen Gesetzen zu beurtheilen, unter welchen es eingegangen. Sieben Jahre lang bestanden die französischen und westphälischen Gesetze: ist es also ein Wunder, wenn jetzt in den Gerichtshöfen diese mehr als die frühern, wieder hergestellten oder die ganz neuen zur Anwendung kominen? Aber wie wird es mit der Gerechtigkeit der Entscheidungen aussehen, wenn keine Sorgfalt ferner auf ein gründliches Studium der für neuere Fälle aufgehobenen Rechte Statt hat? Dann sind die Parteien zu beklagen: nicht das Recht, sondern die Willkühr wird entscheiden, und Gerechtigkeit nur des blinden Ungefährs Ausspruch seyn.

Die hier folgenden Abhandlungen erörtern solche Rechtsgegenstände, welche täglich in den Gerichten vorkommen. Sie sind größtentheils geschöpft aus der Fülle der Erfahrungen, die ich als Präsident des Appellationshofes zu Celle zu machen Gelegenheit hatte, und sind begleitet mit den Aussprüchen dieses Gerichtshofes, der sich durch eine musterhafte Gerechtigkeitspflege auszeichnete, so wie das Ober-Appellationsgericht, aus dessen Mitgliedern er größ-

---

theilet, welche zu der Zeit Gesetzeskraft hatten, als das Geschäft, von welchem die Rede ist, seine Entstehung erhielt."

ten Theils bestand, seit einem Jahrhunderte that: sie sind sämmtlich (bis auf die drey letzten nach) abgefaßt, als ich jenem Gerichte als zweiter Präsident vorstand, oder während ich Mitglied des Staatsraths zu Cassel in der Justizsection war. Ich bitte, diesen Umstand bey der Lesung nicht aus den Augen zu verlieren, und die Abhandlungen darnach zu beurtheilen. Nur hin und wieder habe ich kleine Zusätze und Veränderungen eingeschaltet. Ich nannte die in den meisten dieser Abhandlungen entwickelte Rechtswissenschaft transitorisch, in einer nicht überall üblichen Bedeutung des Worts, womit die französischen Rechtsgelehrten gewöhnlich *) mehr diejenigen Rechte zu bezeichnen pflegen, wodurch der Uebergang von einer Gesetzgebung zur andern erleichtert wird, als solche, deren Dauer deßhalb beschränkt ist, weil sie für Rechtsgeschäfte, die unter den neusten Gesetzen ihren Ursprung erhielten, nicht zur Anwendung kommen, und die also als vorübergehend anzusehen sind, weil sie in der Zukunft ihre Anwendung immer mehr und mehr verlieren. Doch

---

*) *Chabot* (*de l'Allier*) schrieb jedoch eine jurisprudence transitoire ganz in der hier genommenen Bedeutung.

bey weiten nicht alle in dieser Sammlung abgehandelte Materien gehören in diese Kategorie: in mehreren Abhandlungen finden sich solche erläutert, deren practische Anwendung für die Zukunft noch durch kein Gesetz beschränkt wurde. Auch habe ich nicht versäumt, bey der letzten Durchsicht der Abhandlungen, den Umstand, ob ihr Interesse transitorisch oder oder dauernd-practisch sey, in einer der Aufschrift beygefügten Note bemerklich zu machen. Die letzten drey Aufsätze beziehen sich ganz auf die jetzigen Zeiten, und sind von mir vor kurzen abgefaßt. Solche Abhandlungen, die lediglich ein historisches oder theoretisches Interesse hätten, habe ich von dieser Sammlung gänzlich ausgeschlossen: man findet daher nichts, z. B., über das Ehescheidungsverfahren, Abwesenheitserklärungen, Anwendung der ehemahligen Prozeßgesetze, Civilstandesacte: denn nur selten, und nur auf noch kurze Zeit, können ähnliche Untersuchungen practisch merkwürdig seyn.

Von meiner Rechtswissenschaft des Gesetzb. N. erschienen drey Hefte, welche einen Band ausmachen. Das vierte war zur Zeit der Wiederherstellung der vaterländischen Verfassung längst gedruckt, und ist nun auch Ostern d. J. mit einem

durch die Zeitumstände (nach des Herrn Verlegers Wunsche,) etwas veränderten Titel erschienen. Die gegenwärtige Sammlung ist von beyden unabhängig, doch ergänzet sie gewissermaaßen beyde. Alle drey enthalten aber gleichsam eine von mir dem deutschen Vaterlande, und (ich bin stolz es zu hoffen) den Nachkommen abgelegte Rechenschaft, auf welche Art ich das bedeutende Amt verwaltet habe, wozu mich die Zeitumstände und rastlose, zugleich auf eigenen Ruhm und das Beste meiner Mitbürger gerichtete, Thätigkeit geführet hatten. Ward die heilige Gerechtigkeit nie schneller, nie unparteiischer ausgeübt, als in den Gerichten, an deren Spitze ich wirksam war *); habe ich die Veranlassung gegeben, daß, besonders im Districte Einbeck, hunderte von Processen ent-

*) Der Herr Ober-Appellationsrath Dr. Hagemann (ehemahliger General-Procurator des ehemahligen Appellationshofes zu Celle, sagt in seiner Rede bey Gelegenheit der Säcularfeyer des höchsten Gerichts zu Celle, am 14ten Oct. 1811. (Celle bey Schulze) Seite 22: "daß der Appellationshof gleich in dem ersten Jahre nach seiner Installation 4492 Entscheidungen ertheilte, unter welchen sich 1206 Definitiv-Erkenntnisse befanden, die auf vorgängige förmliche Relationen oder in öffentlicher Audienz ertheilt wurden."

schieden wurden, die fast durch Verjährung das Recht erworben, keine Entscheidung zu erlangen: dann kann ich (in meinem Tacitus die Gegenwart wiederfindend) mit Zufriedenheit in eine Zeit zurückdenken, die des Unglücks viel, aber nicht lauter Unglück, auf das deutsche Vaterland gebracht hat.

Wolfenbüttel, im August 1815.

v. Strombeck.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Erörterungen über verschiedene bey Legaten (nahmentlich dem legato debiti, der donatio mortis causa, der donatio inter viuos, der mortis causa capio und der vertragmäßigen Erbschaft zur Anwendung kommende Grundsätze, sowohl nach Römisch-Deutschen als nach Französischen Rechten. Seite 1

II. Testament. — Anerkennung einer Schuld. — Verstellung.

Was ist die Wirkung der in einem Testamente Statt gefundenen Anerkennung einer Schuld? 65

III. Notariats-Ordnung. — Testamente.

Findet in Frankreich das Gesetz vom 25sten Ventose XI., die Organisation des Notariats enthaltend, und in Westphalen das königliche Decret vom 17ten Febr. 1809 über denselben Gegenstand, auch bey öffentlichen Testamenten und den Aufschrifts-Acten der mystischen Anwendung? 74

IV. Erbfolge der Ehegatten. — Statutarische Portion. — Dotalverhältnisse.

Kann ein Ehegatte, welchem nach Gesetzen, unter denen er heirathete, eine statutarische Portion zukam, dieselbe dann noch in Anspruch nehmen, wenn der Tod diese Ehe unter neuen, veränderten Gesetzen trennte?

Kann er es auch selbst dann, wenn ihm durch die Local-Statuten nur ein widerrufliches Erbrecht an dem Nachlasse des zuerst verstorbenen Ehegatten zugebilligt war?

Werden die Dotalverhältnisse der Ehegatten nach den Gesetzen über diese Verhältnisse, unter welchen die Ehe eingegangen ist; oder nach denen, welche zur Zeit des zu beurtheilenden Geschäftes galten, bestimmt? Seite 89

V. Erbfolge. — Seitenverwandte.

Hat, wenn nach Maaßgabe des Artikels 734. C. N. eine Vertheilung der Erbschaft unter die väterliche und mütterliche Linie des Erblassers bereits statt hatte, in diesen Linien dann eine neue Theilung statt, wenn sich in denselben wiederum Unterlinien befinden? 121

VI. Gewerbesteuer. — Gewerbefreyheit. — Erbpacht.

Hat der Erbpächter die Berechtigung, von dem Erbverpächter eine Gewährleistung des Ertrages der in Erbpacht gegebenen Grundstücke oder Gerechtigkeiten zu verlangen, wenn solcher Ertrag durch neue allgemeine gesetzliche Einrichtungen verringert wird?

VII. Gewerbesteuer. — Zeitpacht.

Welche Wirkung haben die eingeführte Gewerbefreyheit und Patentsteuer auf die Verhältnisse zwischen dem Pächter und Verpächter einer Gerechtigkeit, welche durch die Gewerbefreyheit vernichtet worden? 167

VIII. Grundsteuer. — Erbpacht.

Trägt der Erbpächter oder Erbverpächter eines bisher steuerfrey gewesenen Grundstücks die neue verfassungsmäßige Grundsteuer? 192

IX. Erbenzins-Contract. — Gerechtigkeiten. — Gewerbefreyheit.

Trägt der Erbenzinsherr oder der Erbenzinsmann den Schaden, welcher daher entsteht, daß

der in Erbenzins gegebene Gegenstand, entweder ganz oder einem bedeutenden Theile nach, zu existiren aufhört? Seite 194

X. Hypothekbestellung. — Specialität.

Ist eine Hypothekbestellung gültig, welche, ohne nähere Bezeichnung der verpfändeten Grundstücke, im allgemeinen auf alle dem Schuldner binnen den Gränzen einer gewissen Hypothekenconservation gehörenden Grundstücke bestellt ist? 208

XI. Erneuerung der Hypothekeinschreibung.

Hat der Gläubiger die Verpflichtung seine Hypothekeinschreibung erneuern zu lassen, wenn das zehnte Jahr, von dem Tage wo diese Statt fand, während der Verhandlungen über das Rangverfahren abläuft? 213

XII. Unbestimmte Herrendienste.

Sind diejenigen Herrendienste als unbestimmte anzusehen, und also, ohne Entschädigung, für aufgehoben zu erachten, welche nur in ihrem Maximum eine Bestimmung erhielten? Seite 218

XIII. Eid der Wissenschaft.

Ist nach dem Gesetzbuche Napoleons der Eid der Wissenschaft oder Nicht-Wissenschaft zulässig? 232

XIV. Empfehlungsschreiben der Kaufleute. — Verbindlichkeiten aus denselben.

In wie fern sind Kaufleute aus ihren Empfehlungsschreiben verbindlich; und nach welchen Grundsätzen sind solche auszulegen, wenn sie eine Garantie der Geschäfte enthalten, zu deren Abschließung derjenige, an welchen das Schreiben gerichtet ist, mit dem Empfohlenen eingeladen wird? 237

XV. Eigene Wechsel.

Findet die Vorschrift des Art. 1326 C. N. das Gut oder Genehmigt, nebst der mit Buch-

staben zu bezeichnenden Empfangssumme mit eigner Hand auszudrücken, auch bey den sogenannten trocknen oder eignen Wechseln statt? 255

XVI. Autorisation der Ehefrau. — Verbürgung derselben für den Ehemann.

Konnte unter der Herrschaft des französischen Gesetzbuchs ein Ehemann seine Frau gültig autorisiren, sich für ihn zu verbürgen? 259

XVII. Güter des deutschen Ordens. — Rechtsgültigkeit ihrer Veräußerung.

Sind von der ehemahligen Regierung des Königreichs Westphalen die Güter des deutschen Ordens, welche in den nicht förmlich abgetretenen gewesenen Provinzen desselben lagen, auf eine zu Recht beständige Weise veräußert worden? 280

XVIII. Vaterschaft. — Verboth der Untersuchung derselben.

Findet in denjenigen Ländern, in welchen das Gesetzbuch Napoleons wiederum abgeschaffet worden, das Verboth der Untersuchung der Vaterschaft auch noch jetzt in Hinsicht solcher Vaterschaften Statt, von denen behauptet wird, daß sie ihren Ursprung unter der Herrschaft des abgeschafften Gesetzes erhielten? 311

XIX. Vergleichende Bemerkungen über die abgeschafften Westphälischen und hergestellten ältern Gesetze, veranlaßt durch des Herrn Vice-Syndicus der Universität Göttingen Doctor Oesterley "Practische Bemerkungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren der ältern und neuern Zeit." 318

I.

Erörterungen über verschiedene bey Legaten (nahmentlich dem legato debiti), der donatio mortis causa, der donatio inter vivos, der mortis causa capio und der vertragmäßigen Erbschaft zur Anwendung kommende Grundsätze, sowohl nach Römisch-Deutschen, als nach Französischen Rechten *).

Darstellung des Rechtsstreites, an Seiten des Präsidenten des Appellations-Hofes zu Celle, von Strombeck, Kläger, gegen den Herrn Hypotheken-Conservateur und Tribunal-Assessor Raven, zu Einbeck, in dessen Eigenschaft als Sequester des Nachlasses der höchstseeligen Prinzessinn Auguste Dorothea von Braunschweig-Lüneburg, Aebtissinn zu

---

*) Größtentheils Materien von dauernd practischem Interesse.

Gandersheim, Hochwürdigst-Durchl., Beklagten.

(Im Januar 1813 als Handschrift gedruckt und vertheilt, nie aber in den Buchhandel gekommen. Einige, leicht kenntliche Anmerkungen sind jetzt bey der öffentlichen Herausgabe hinzugefügt, sonst die Schrift unverändert gelassen.)

Der jetzige (Januar 1813) Präsident des königlichen Appellations-Hofes zu Celle, von Strombeck, trat im Anfange des Jahres 1799 als Hofrath in die Dienste Ihrer Hochwürdigst-Durchlaucht, der Höchstseel. Prinzessinn Auguste Dorothea von Braunschweig, Aebtissinn des damahligen kaiserl. und des heil. Römischen Reichs freyen weltlichen Stifts Gandersheim, einer Schwester des letztverstorbenen regierenden Herzogs von Braunschweig-Wolfenbüttel Durchl. Des Hofraths von Strombeck Geschäfte bestanden Anfangs lediglich in der Verwaltung der abteylichen Gerichtsbarkeit und der sehr beträchtlichen Geschäfte der Gandersheimischen abteylichen Lehns-Curie. Ob er nun gleich sein Amt zu Gandersheim ausübte, und daher von Wolfenbüttel, wo er bislang wohnte, dort hinzog, so blieb er doch, als Hofgerichts-Assessor, in den Diensten des Durchl. Herzogs von Braunschweig *).

---

*) Er stieg in diesen Diensten noch, indem er späterhin Mitglied des Hofgerichts von Seiten der ritterschaftlichen Curie ward.

Es dauerte nicht lange, so wurde sein ursprünglicher Wirkungskreis äußerst ausgedehnt, denn, nachdem der mit der Verwaltung der Finanzen beauftragte Rath der Frau Aebtissinn von Gandersheim gestorben war, so wurde er, mit Beibehaltung seiner übrigen Geschäfte, der gesammten Cammeral- und Finanz-Verwaltung vorgesetzt, daher sich denn nun sein Amt über die sämmtlichen Geschäfts-Angelegenheiten der Frau Aebtissinn erstreckte. Als kurz darauf der verwittweten Frau Herzoginn von Braunschweig, Philippine Charlotte, Königl. Hoheit, Mutter der Frau Aebtissinn, starb, wurde der Hofrath von Strombeck nach Braunschweig berufen, um auch den nunmehr eingerichteten eignen Hofstaat der Prinzessinn zu dirigiren, wobey auch die Absicht war, den Geschäftsgang dadurch abzukürzen, daß er in den Stand gesetzt wurde, der Prinzessinn, Statt in schriftlichen Berichten, über die Gegenstände seiner ausgebreiteten und manchfachen Administration mündlich Vorträge machen zu können. Schon zu dieser Zeit hatte der Hofrath von Strombeck das Vertrauen seiner Fürstinn in einem hohen Grade erworben (wovon eine der ersten Veranlassungen darin lag, daß er, durch zweckmäßige Cammeral-Einrichtungen, ihre Einkünfte sehr beträchtlich vermehrte); sie beehrte ihn mit so gnädigen Gesinnungen (welche sie selbst, in mehr als vierhundert an ihn gerichteten, und von ihm als ein Heiligthum aufbewahrten, Briefen, Freundschaft zu nennen geruhte), daß

sie kein Geschäft, von nur einiger Bedeutung, ohne seinen Rath vorzunehmen gewohnt war. Von seiner Seite erwiederte hingegen der Hofrath von Strombeck diese Gesinnungen seiner Fürstinn dadurch, daß er sich ganz ihrem Dienste widmete, wovon das Resultat war, daß die bisher verfallenen Domainen mit neuen Gebäuden versehen, daß das abteyliche Schloß neu ausgebauet wurde, daß die Einkünfte der Abtey Gandersheim, ohne Bedrückung irgend eines Menschen, zu einer Höhe stiegen, welche sie noch nie erreichten, und daß das Archiv- und Registratur-Wesen, welches an Umfang dem manches Fürstenthums gewiß nicht nachstand, in eine Ordnung gebracht wurde, die bisher auf der Abtey unbekannt gewesen war.

Wer das edle Herz der hochgesinnten und geistreichen Fürstinn kannte, der wird es natürlich finden, daß sie die erste war, welche es einsah, daß der Hofrath von Strombeck, damahls ein junger Mann von 29 Jahren, nur sehr precaire Aussichten in ihrem Dienste hatte. Er widmete sich ihr ganz; aber seine schönste Lebenszeit verstrich, und riß der Tod einst seine Fürstinn früher als ihn hinweg: so war er außer Dienst, denn die Nachfolgerinnen der Aebtissinnen waren, nach der Wahlcapitulation, nicht verpflichtet, die Räthe ihrer Vorgängerinnen zu behalten, und der Posten, als Hofgerichts-Assessor ordinarius, den er in Braunschweigschen Diensten bekleidete, gewährte ihm, obgleich Ehre und Ansehn, doch nur einen sehr geringen

Gehalt *). Die Prinzessinn war also (zu der Zeit, als der Hofrath von Strombeck von Braunschweig nach Gandersheim zog), als er ihr, im vertraulichen Gespräche, eröffnet hatte, wie ihm von einem hohen Staatsbeamten, auswärtige Dienste angetragen worden seyen, die erste, welche ihm den Vorschlag that, stets in ihren Diensten zu bleiben; dahingegen aber auch gewiß zu seyn, Zeit seines Lebens nicht nur seinen Gehalt (der mit seinen Emolumenten von der Lehnscurie, über 2000 Rthlr. betrug) zu behalten, sondern auch solchen annoch nach ihrem Tode zu genießen. Sie setzte das Versprechen hinzu, diese ihre übernommene Verpflichtung in ihrem Testamente ausdrucken zu wollen. Der Hofrath von Strombeck, voll Rührung über diesen Antrag, äußerte, in den ehrerbietigsten Ausdrücken, seinen Dank, und leistete willig das Versprechen, wozu es einer solchen Versicherung nicht bedurfte, so lange er lebe, sich stets dem Dienste einer ihm so gnädig gesinnten Fürstinn zu widmen. Kein Gedanke daran, dieses Versprechen schriftlich zu fordern, oder anzubiethen. Der Hofrath von Strombeck würde alles lieber eingebüßt, als eine solche Forderung gethan haben: das Versprechen seiner Fürstinn war ihm heilig, ihr edler Character war ihm zu bekannt, als daß er nicht gewiß hätte seyn sollen: sie selbst werde

---

*) 100 Rthlr.; der Rang der ord. Hofgerichts-Assessoren war gleich mit denen der Hof- und Canzley-Räthe.

schon dafür Sorge tragen, daß ihr Versprechen (wenn er sie überleben sollte) in Erfüllung gehen werde.

Er hatte sich nicht geirret. Die Prinzessinn verlangte ihr Testament zu machen, und da der Hofrath von Strombeck darin vorzüglich bedacht werden sollte: so wurde nicht er, sondern der verstorbene ehrwürdige Minister des Herzogs, **Mahner**, bey der Verfertigung dieses Testaments (welches am 11ten Januar 1802 errichtet, den 23sten desselben Monaths bey dem Stifte St. Blasii zu Braunschweig niedergelegt, und am 5ten May 1810 von dem Tribunale zu Wolfenbüttel eröffnet wurde) zu Rathe gezogen.

In diesem Testamente gedachte die Prinzessinn des dem Hofrathe von Strombeck ertheilten Versprechens auf folgende Weise:

"§. 16

"Dem in meinen Diensten stehenden Hofrathe von Strombeck sind, nach dem von mir ihm gethanen Versprechen bey seiner hiesigen Ueberkunft von Gandersheim, *ein tausend fünfhundert* Thaler jährlich auszuzahlen, und bleibt es der Willkühr meines Erben oder meiner Stuhlfolgerinn frey gestellt, wenn er nach meinem Ableben in jenes oder dieser Dienste treten sollte, ob dieselben auf den einen oder andern Fall, zu diesem Legate wegen seines künftigen Amtes noch eine Gratification hinzufügen wollen."

Kaum ist es wohl möglich, daß es deutlicher hätte ausgedruckt werden können, daß dasjenige, welches der Erbe der Prinzessinn dem Hofrathe von Strombeck auszuzahlen die Verpflichtung haben sollte, eine Schuld sey, welche diesem aus einem Versprechen der Fürstinn gebühre, undeutlich konnte es aber erscheinen, ob er für die ihm versprochene Summe die Verpflichtung haben sollte, der Stuhlfolgerinn oder dem Erben der Prinzessinn zu dienen. Dieses war der Wille der Prinzessinn nicht. Mehrmahls hatte sie ihm gesagt: "ich will, daß Sie nach meinem Tode frey von allen Dienstgeschäften sollen leben können;" wobey sie, halb scherzend, hinzuzusetzen pflegte: "so ist das Bischen, was ich Ihnen geben kann, doch zu etwas gut." Der Zweifel, welcher aus der Stellung der Worte des letzten Theils des § 16 erwachsen konnte, ängstigte das edle Herz der Prinzessinn; sie wollte, der Hofrath von Strombeck sollte das ganz genießen, was sie ihm versprochen hatte. Unter diesen Umständen fand sie darin Beruhigung, ihm folgenden Brief zu schreiben:

"Mein lieber Herr Hofrath, da ich bey Durch-
„lesung meines Testamentes gefunden habe, daß der
„Sie betreffende 16te Paragraph meines Testamentes
„dunkel scheinen könnte, als ob es Ihre Verpflichtung
„sey, in die Dienste meines Erben oder Nachfolgerinn
„zu treten, meine Meinung aber ist, nach dem von
„mir bey Ihrer Ueberkunft von Gandersheim nach
„Braunschweig geschehenen Versprechen, Ihnen zeit-

„lebens statt ihrer genossenen Besoldung ein Legat von „jährlich funfzehn hundert Reichsthaler zu lassen, ohne „daß Sie verpflichtet wären, deshalb Ihre Dienste „bey meinen Erben oder Nachfolgerinn fortzusetzen, so „gebe ich Ihnen hierdurch solche von mir be- „reits gethane mündliche Versicherung auch schriftlich."

"Br. den 20. Juli 1803.

„Auguste v. Br. l.

„Aebtissinn von Gandersheim."

Seit dieser Zeit war von jener Angelegenheit nicht weiter die Rede, als daß die Prinzessinn, welche sich von nichts lieber als der Zeit, da sie nicht mehr auf Erden seyn würde, unterhielt, öfter in solchen Stunden dem Hofrath von Strombeck sagte: "ich freue mich, daß ich es möglich machen konnte, Ihnen nach meinem Tode ein geschäftfreies Leben zu verschaffen;" wobey sie lächelnd hinzuzufügen pflegte, "dann können Sie sich von dem erhohlen, was Ihnen jetzt meine Launen zu schaffen machen."

So verstrichen mehrere Jahre, bis daß das verhängnißvolle Jahr 1806 erschien. Wenige Tage nach der Schlacht von Jena verließ der Braunschweigische Hof die Residenz, und auch die Frau Aebtissinn folgte diesem Beispiele.

Der Hofrath von Strombeck war dazu bestimmt in Braunschweig zurück zu bleiben, und dort für die Angelegenheiten seiner Fürstinn zu sorgen, doch, wenige

Stunden vor der Abreise derselben, wurde er durch einen Besuch, den sie persönlich bei ihm abzustatten die Gnade hatte, aufgefordert, sie zu begleiten. Er that es, und folgte dem Hofe nach Rostock, Lübeck und Altona. Von dort, als der Tod des Herzogs als ganz nahe bevorstehend erschien, sandte ihn jedoch die Prinzessinn nach Braunschweig zurück, um hier für ihr Interesse zu sorgen *). Er berührt nur kurz, was zu

*) Wer beschreibt mein Gefühl, als ich vor diesen großen, nie genug zu preisenden, sterbenden Fürsten stand! Es war am 7ten November 1806 gegen Mittag. In einem Gartenhause zu Ottensen, unweit der Kirche auf deren Vorhofe Klopstoks heilige Asche ruhet, in einem Zimmer des zweyten Stockwerks lag (in eben dem Tragbette, in welchem er von Braunschweig herübergebracht war) der sterbende Krieger. Nie vergesse ich den Anblick, wie er mit blassem, etwas geschwollenen Antlitz, beyder Augen beraubt, deren Höhlen mit Charpie und Heftpflaster bedecket waren, in dumpfer Betäubung da lag, von wenigen Dienern umgeben, denen, ohne daß sie gewagt hätten ein Wort zu sprechen, häufige Thränen über die Wangen rolleten. Er war mit einem violetten seidenen Schlafrock und einer weißen Mütze bekleidet. So hatte ich den kriegerischen Fürsten nie gesehen, der von früh Morgens bis spät in die Nacht mit seiner militärischen Uniform bekleidet war. Kein Wort ging von seinen Lippen und es war nicht zu erkennen, ob er schlief oder wachte.

Seine heiligen Reste ruhen in der Kirche zu Ottensen.

Braunschweig notorisch ist, daß es seine Bemühungen bey den französischen Behörden vorzüglich waren, die der Prinzessinn nicht nur den freyen Genuß ihrer sämmtlichen Domainen, Capitalien, und sogar ihrer Prinzessinnen-Apanage, sicherten; ein Besitz, worin sie bis zu ihrem Tode geblieben ist.

Die Prinzessinn war also die einzige ihrer erhabenen Familie, welche durch die Statt gehabte Staatsveränderung nichts verlor *). Der Hofrath von Strombeck genoß auch gleichsam den Triumph dieses Glückes, die Prinzessinn beschied ihn nach Augustenburg auf der Insel Alsen, wohin sie sich, nach dem Tode des Herzogs, begeben hatte, um sie von dort nach Gandersheim zurück zu führen, welches im Jahr 1809 geschah. Jetzt war also die Fürstinn wieder in der Mitte ihres Stifts, in einer Lage, die man die glücklichste von der Welt hätte nennen können, wenn sie das Schicksal ihrer erhabenen Familie nicht bekümmert hätte. Wie oft hat sie dem Hofrathe von Strombeck nicht ihren Dank auf die edelmüthigste und rührendste Weise dafür ausgedruckt, daß er, oft gegen ihren Willen, und nicht ohne Ertragung mancher Launen, dazu beytrug, daß sie in eine solche Lage kam! Wie oft ist ihm nicht

---

*) Ja, die einzige im ganzen Herzogthume: da ihr auch die Zinsen ihres bey der Cammer zu Braunschweig stehenden Capitals von 140,000 Thlr. stets richtig bezahlt sind, und sie von jeder Einquartierungslast frey war.

von der Dienerschaft der Prinzessinn dafür gedankt, daß er ihr immer dazu rieth, sich nach ihrem Stifte zurück zu begeben.

Kaum zu Gandersheim angekommen, verlangte die Prinzessinn, ein anderes Testament zu machen, da das bey dem Stifte St. Blasii niederlegte, der veränderten Zeitumstände wegen, mancher Modification bedürftig sey.

Eine Deputation der Justiz-Canzley verfügte sich nach Gandersheim, und bey dieser legte die Prinzessinn ein unter dem 2ten Februar 1807 verfertigtes, und am 16ten März 1810 von dem Tribunale zu Wolfenbüttel eröffnetes Testament nieder, in welchem, im 10ten §, des Hofraths von Strombeck folgendermaaßen gedacht wurde:

"Den in meinen Diensten stehenden Hofrathe von Strombeck sind nach dem von mir ihm gethanen Versprechen bey seiner Ueberkunft nach Braunschweig von Gandersheim, eintausend fünfhundert Rthlr. auszuzahlen."

Also auch hier wiederholte die Prinzessinn ganz ausdrücklich, daß sich die Verpflichtung des Erben zur Auszahlung auf ein von ihr gethanes Versprechen gründe.

Auch dieses Testament hatte das Schicksal der vorigen.

Die veränderten Zeitumstände ließen der Prinzessinn eine Veränderung in demselben wünschen, und da

bereits, seit dem 1sten Januar 1808, das Gesetzbuch Napoleons in dem Braunschweigschen Lande Kraft erhalten hatte; so entschloß sie sich zu einem olographischen Testamente. In diesem, abgefaßt am 20sten Febr. 1808, erwähnte sie des Hofraths von Strombeck folgendermaaßen:

"§ 8. Dem Hofrath Friedrich Carl von Strombeck legire ich zeitlebens eine Leibrente, von jährlich 1596 Rthlr. Ich bemerke dabey, daß ich ihm diese lebenslängliche Leibrente bereits vor mehreren Jahren versprochen habe, und daß solche von ihm acceptirt ist."

Zum Beweise ihres unbeschränkten Zutrauens zu dem Hofrath von Strombeck ernannte sie ihn, im 26sten §, zum Executor dieses Testaments.

Jetzt hatte also die Prinzessinn nicht nur von neuen das dem Hofrathe von Strombeck gethane Versprechen, als solches, bekräftigt, sondern sie hatte, da seine feste Besoldung nicht 1500 sondern 1596 Rthlr. betrug, diese Summe ausgedruckt, und sogar hinzugefügt, daß das von ihr ihm geschehene Versprechen von ihm acceptirt sey.

War es möglich, die Gewissenhaftigkeit weiter zu treiben, als diese edle, dankbare Fürstinn that!

Kurz darauf, da der Hofrath von Strombeck sein im Braunschweigischen bekleidetes Justiz-Amt aufgeben mußte (bey veränderter Justiz-Verfassung), erhielt er das Amt eines Präsidenten des Tribunals zu

Einbeck, ein Posten der ihm um so angenehmer war, da er ihn ganz in die Nähe von Gandersheim, dem Wohnorte der Prinzessinn, führte. Sie selbst wünschte dem Hofrathe von Strombeck diesen Posten sehr, da seine sämmtlichen gerichtlichen und Lehns-Geschäfte zu Gandersheim, durch die veränderte Staatsverfassung, ihre Beendigung erreicht hatten. Die Prinzessinn war, obgleich durch die Constitution des Königreichs in ihrem ergebenen Range erhalten, in die Classe der übrigen Staatsbürger getreten, ihre Geschäfte waren also Privat-Geschäfte geworden. Nichts verhinderte den nunmehrigen Tribunals-Präsidenten von Strombeck, diese zu dirigiren. Es geschah dieß, und, er darf sich dessen rühmen, zum großen Vortheile der Prinzessinn.

Wie sehr sie dieses anerkannte, zeigte sie durch einen persönlichen Besuch, den sie dem Präsidenten von Strombeck zu Einbeck ablegte, wobey ihre ersten Worte waren: "ich komme persönlich zu Ihnen, um dem Publicum zu zeigen, wie sehr ich das, was ich Ihnen verdanke, zu schätzen weiß."

Der 10te März des Jahres 1810 endete das edle Leben der menschenfreundlichsten, besten und geistreichsten Fürstinn.

Sie hatte in ihrem letzten, olographischen Testamente die beyden minderjährigen, in England befindlichen Durchl. Prinzen von Braunschweig-Oels zu

Universal-Legatarien eingesetzt. Söhne des jetzt regierenden Herzogs Durchl.

Es wurde daher, nachdem durch ein königl. Decret, d. d. Antwerpen, d. 2ten May 1810, der Präsident von Strombeck in seiner Eigenschaft als Testaments-Executor bestätigt war, es ihm jedoch unmöglich, in dieser Eigenschaft mit dem Durchl. Vater der Prinzen zu correspondiren *), durch eben dieses Decret die Sequestration und provisorische Administration des Vermögens der Prinzessinn verfügt.

Nachdem der Präsident von Strombeck, als Executor des Testaments, alle in demselben ausgesetzten, nicht in Leibrenten bestehenden Legate der Prinzessinn ausgezahlt und abgeliefert hatte, und also sein Amt, für's Erste, beendigt war, so wurde auf Betreiben des öffentlichen Ministerii bey dem k. Tribunale zu Einbeck, welches dieserhalb höhere Instruction erhalten hatte, der Herr Hypotheken-Conservateur Raven zu

*) Um die Erlaubniß dieser Correspondenz mit dem Durchl. Vater der Prinzen bat der Verf. wiederhohlt, sie ward ihm jedoch durch ein k. Decret, d. d. Antwerpen, d. 2ten May 1810, ausdrücklich verbothen:

"Nous approuvons la defense faite par le Sieur Baron de Coninx, nommé par la Décision du 12 mars dernier Nôtre Commissaire special pour les affaires relatives à la dite succession, à l'Executeur testamentaire de donner connaissance du testament aux Legataires universels susmentionnés."

Einbeck, den der Präsident von Strombeck zur Führung der Sequestration vorgeschlagen hatte, zum Sequester und provisorischen Administrator der Erbschaft ernannt.

Solchergestalt wurde also genau den Vorschriften des Gesetzbuchs Napoleons Genüge geleistet. (Art. 811. f. f. C. N.)

Von diesem Zeitpuncte an war es also unstreitig dieser Sequester, welcher die gesammten Berechtigungen der Masse auszuüben, und ihre Verpflichtungen, soweit sie reichte, zu erfüllen hatte. (Art. 813. C. N.) Mit einer rühmenswerthen Pünctlichkeit sind auch von ihm diese Verpflichtungen erfüllt worden.

Da jedoch der Präsident von Strombeck den Zeitpunct voraus sah, da die Masse, welche durch die Zeitumstände sehr bedeutende Verminderungen erlitt*), nicht zugleich ihre Verpflichtungen gegen ihn und gegen die Legatare vollständig würde erfüllen können; so hielt er es für zweckmäßig, und seinen Berechtigungen für vollkommen angemessen, zu suchen, einen executorischen Titel in die Hände zu bekommen, auf den Grund dessen er, zu jeder Zeit, so lange von der Erbschaftsmasse etwas vorhanden seyn würde, seine Rente einfordern könnte, wenn sie ihm einmahl verweigert werden sollte.

---

*) Nämlich durch die Reduction des Capitals von 140,000 Rthlr. auf ein Drittel.

Er stellte also gegen den Herrn Conservateur Raven, als Sequester, folgende Klage an.

Es habe ihm, die verstorbene Fr. Aebtissinn von Gandersheim, um ihn für beständig in ihren Diensten zu behalten, die Versicherung ertheilt, daß er auf Lebenszeit den ganzen Betrag seiner Besoldung, selbst dann genießen sollte, wenn er nach ihrem Tode in fremde Dienste treten würde. Dieses Versprechen habe er acceptirt, und es habe ihm sowohl über das Versprechen als dessen Acceptation die höchstseelige Prinzessinn eine förmliche Versicherung ertheilt (den oben angeführten Brief der Prinzessinn). Diese Versicherung, welche sich auf ein bey dem Stifte St. Blasii deponirtes Testament beziehe, laute nur auf 1500 Rthl., obwohl die Besoldung des Klägers aus 1596 Rthl. bestanden habe, wie er glaubhaft bescheinigte. Diesen Irrthum habe jedoch die Prinzessin nachher verbessert; denn jene Versicherung nicht für hinlänglich haltend, habe sie, in ihrem letzten, ganz olographischen Testamente, vom 20ten Febr. 1808, im 8ten §, sich folgendermaaßen ausgedruckt:

"Dem Hofrathe Friedrich Carl von Strombeck legire ich zeitlebens eine Leibrente von jährlich 1596 Rth.; ich bemerke hierbey, daß ich ihm diese lebenslängliche Leibrente vor mehreren Jahren versprochen habe, und daß solche von ihm acceptirt ist."

— Eine authentische Abschrift von diesem 8ten §, und das Original des erwähnten eigenhändigen Schrei-

bens, d. d. 20ten Juny 1803, nebst dem auf der Justiz-Canzley deponirtem Testamente, in authentischer Abschrift (doch dieses letztere erst später), wurden auf dem Greffe des Tribunals zu Einbeck deponirt. —

Da der Kläger nun ein sehr großes Interesse dabey habe, sich über seine Forderung einen executorischen Act zu verschaffen: so begehre er von dem H. Beklagten, daß er die beyden Documente als richtig anerkenne, oder erkläre, daß er sie nicht kenne, um solchen Falls, zur Verification vor Gericht zu schreiten, damit der Kläger, auf den Grund dieser Documente, auf ein Erkenntniß dahin antragen könne:

daß er an dem Nachlasse der höchstseligen Frau Aebtissinn Zeit seines Lebens, als wahre Leibrente und als Erbschaftsschuld, jährlich die Summe von 1596 Rthl. in Conventions-Münze zu fordern habe.

Die Gründe dieser Klage setzte der Herr Procurator Dr. Schwarz zu Einbeck, mit seiner gewohnten Gründlichkeit, folgendermaaßen auseinander:

Die Erbschaft der Prinzessinn könne, unter den gegenwärtigen Umständen, nicht anders als eine hereditas vacans angesehen werden, und sey auch in den königl. Verfügungen als solche betrachtet worden.

Der Herr Beklagte sey gegenwärtig Curator dieser erblosen Verlassenschaft. Er verwalte sie nicht allein, sondern er müsse auch den an sie gemachten Anforderungen Rede stehen, so gut als er die Verpflichtung

habe, ihre Rechte auszuüben und geltend zu machen. Der Art. 813. C. N. bestimme dieses ausdrücklich. Es seyen nun Erben oder Nachfolger einer Person, deren Handschrift wider sie geltend gemacht werden soll, mithin auch deren rechtliche Repräsentanten, schuldig, die Handschrift des Erblassers anzuerkennen, oder doch die Erklärung von sich zu geben, daß sie solche nicht kennen (Art. 1323 C. N. Art. 140. Pr. Ord.). Sie können zu dem Behufe vorgeladen werden, damit der Kläger eine gerichtliche Bescheinigung über die Authenticität seines Documents erhalte (Pr. Ord. Art. 141.). Es könne aber auch mit dieser Klage auf Anerkennung die Verfolgung derjenigen Ansprüche, welche aus dem Documente hervorgehen, verbunden werden (Art. 142. Pr. Ord.). Aus den producirten Documenten ergäbe es sich unwidersprechlich, daß der Kläger eine jährliche Leibrente von 1596 Rthl. aus dem Nachlasse der Prinzessinn zu fordern habe. Es sey aber nicht minder klar, daß ihm diese Forderung nicht allein als Legat, sondern als wahre Erbschafts-Schuld zustehe. Die Documente ergäben nemlich, daß diese Forderung nicht aus einer einseitigen Verfügung der Prinzessinn, sondern aus einem wahren zweiseitigen, zwischen beiden Theilen abgeschlossenen, Vertrage herrühre. Beyde Documente (das Schreiben der Prinzessinn, d. d. 20. Jul. 1803, und ihr letztes Testament) erwähnen es, daß die Höchstseelige dem Kläger die fragliche Leibrente schon vor längerer Zeit versprochen habe, das Testa-

ment erwähne es sogar ausdrücklich, daß der Kläger dieses Versprechen acceptirt habe, und das Handschreiben ertheile noch die besondere Erläuterung, daß der Kläger dieser Leibrente auch dann sich zu erfreuen haben solle, wenn er gleich nicht im Dienste der Nachfolger der Prinzessinn bleiben würde. Dieser Vertrag sey ein oneröser gewesen, d. h. ein solcher, wobey jeder der beyden Theile etwas leistete (Art. 1106. C. N.); denn es habe sich der Kläger verbindlich gemacht, in den Diensten der Frau Aebtissinn bis zu ihrem Tode zu bleiben.

Wollte man jedoch diesen Vertrag nur für eine Schenkung unter den Lebenden ansehen, so würde die Sache doch beständig dieselbe bleiben, denn auch diese sey ein zweiseitiger Vertrag. Das Resultat bleibe stets, daß die Forderung des Klägers nicht als ein bloßes Legat betrachtet werden könne, sondern eine wahre Erbschaftsschuld sey, und daß er damit allen andern, welche ex capite hereditatis vel legati Ansprüche an die Verlassenschaft machen möchten, vorgehe: weil von einer Erbschaft nicht eher die Rede seyn könne, bis die Schulden derselben bezahlt seyen.

In Ansehung der Schenkungen unter den Lebenden sey noch besonders verordnet, daß es zu deren Reduction nie kommen solle, wenn nicht zuvor der Werth aller unter den testamentarischen Verfügungen begriffenen Sachen erschöpft worden (Art. 923. C. N.), und daß alle testamentarische Verfügungen ohne Wirkung

seyn sollen, sobald der Werth der Schenkungen unter den Lebenden das disponible Quantum übersteige oder demselben gleich komme (Art 925. C. N.).

Aus diesen Gründen richte also der Kläger seinen Antrag dahin, zu erkennen: daß der Herr Beklagte schuldig sey, die beiden producirten Acte anzuerkennen, oder zu erklären, daß er solche nicht kenne; im ersten Falle ihm Bescheinigung über die geschehene Anerkennung zu ertheilen, im andern aber, ihm zum Beweise der Aechtheit, auf die gesetzliche Weise, zuzulassen. In der Hauptsache aber, nachdem die Authenticität der gedachten Documente, auf die eine oder andere Art, dargestellt seyn werde, zu erkennen: daß der Kläger an dem Nachlasse der höchstseeligen Frau Aebtissinn von Gandersheim, Zeit seines Lebens, als wahre Leibrente, und in der Qualität einer wahren Erbschaftsschuld, die Summe von 1596 Rthl. in Conventions-Münze alljährlich zu fordern habe.

Der Präsident von Strombeck war (wie nicht unzweckmäßig seyn wird zu bemerken) bey Anstellung dieser Klage des gewünschten Effectes so gewiß (denn es liegt in der Natur der Sache, daß man nicht daran zweifelt, Andere werden für wahr halten, wovon man weiß, daß es wahr sey), daß er sich lediglich auf das Schreiben der Prinzessinn und ihr olographisches Testament bezog, hingegen des bey dem Stifte St.

Blasii niedergelegten Testamentes lediglich, um dadurch zu erläutern, was es mit dem Schreiben der Prinzessinn für eine Bewandniß hatte, erwähnte, ohne davon eine vidimirte Abschrift niederzulegen. Von dem bey der Justiz-Canzley deponirten Testamente hatte er jedoch, wie bemerkt, eine vidimirte Abschrift, zur Inspection seines Gegners, deponiren lassen.

Er täuschte sich jedoch in seinen Erwartungen sehr. In der von ihm ausgewirkten Audienz, am 13. August 1812, ließ sich der Anwalt des Hrn. Beklagten folgendermaaßen vernehmen.

Die gegen den Beklagten angestellte Klage zerfalle in folgende zwey Hauptttheile: Sie bezwecke

1) die gerichtliche Anerkennung verschiedener Urkunden,
2) ein, unter der Qualität einer Erbschafts-Schuld, prätendirtes Vorzugsrecht eines in dem nachgelassenen Testamente der Höchstseligen Frau Aebtissinn Auguste Dorothea von Gandersheim, d. d. den 20. Februar 1810, bestimmten Vermächtnisses vor den übrigen Legatarien.

In Rücksicht des ersten Theils der Klage, welcher auf Anerkennung der Urkunden gerichtet sey, könne zwar der Beklagte, nach eingezogener Erkundigung und nach eigener Ueberzeugung, die Aechtheit der der Klage angelegt und auf dem Greffe niedergelegt gewesenen Urkunden im Geringsten nicht bezweifeln, und könne sich nicht entlegen, dieselben anzuerkennen; indessen könne er sich auf den zweiten Theil der Klage nicht einlassen, indem er

demselben die proceßhindernde Einrede entgegen stelle, daß die Klage, in dieser Hinsicht, nicht gegen den Sequester, sondern gegen die übrigen Legatarien, gerichtet werden müsse, und der Sequester also der unrechte Beklagte sey.

Dem Sequester könne es völlig gleichgültig seyn, wem er die Legate auszahle, oder auszahlen solle, er könne nach Art. 814 und 808. des C. N., nach der Ordnung auszahlen, wie sich die Legatarien melden, oder, da im gegenwärtigen Falle sich der Kläger gegen die Auszahlung an die übrigen Legatarien opponirt habe *), nach derjenigen Ordnung, welche vom Gericht bestimmt werden würde.

Das Vorzugsrecht der Legatarien unter einander habe er aber nicht zu verfechten.

Solche Anmaßungen würden die Grenzen seines Officii überschreiten, zumahl da dem Kläger aus eigener Wissenschaft bekannt sey, daß, nach Erlassung des königl. Decrets vom 28ten Jul. d. J., die alten Staats-Schulden auf ein Drittel reducirt seyen, und daß, wenn der Kläger in der Hauptsache gegen die übrigen Legatarien und Pensionairs obsiegen sollte, für diese letzteren zur Vertheilung nichts übrig bleibe, sondern auch der

---

*) Eine eigentliche gerichtliche Opposition hatte nie von Seiten des Klägers Statt gehabt, wohl aber ein Privat-Ersuchen, wo möglich, bis zu Entscheidung der Sache, die Auszahlungen zu suspendiren.

Kläger selbst nicht einmahl seine völlige Befriedigung erhalten könne.

Beklagter trage demnach darauf an:

Die Klage, in Hinsicht des prätendirten Vorzugsrechts vor den übrigen Legatarien gegen Beklagten, als den unrechten Beklagten, für unzulässig zu erkennen, und demselben von der Einlassung auf die Klage zu liberiren.

Das Tribunal ertheilte hierauf, in einem Erkenntnisse vom 19. August 1812, dem Kläger Bescheinigung, daß Beklagter die vom Kläger beygebrachten Urkunden anerkannt habe, und erkannte den Beklagten schuldig, sich auf die Hauptsache einzulassen.

In der Audienz des 13. Octbr. wiederholte des Beklagten Anwalt seine bereits vorgetragene proceßhindernde Einrede, daß die Klage nicht gegen den Sequester, sondern gegen die übrigen Legatarien gerichtet werden müsse, daß der Sequester der unrechte Beklagte sey, und ließ sich, ohne von diesen Einreden abgehen zu wollen, in Ansehung der Behauptung: daß die klagbar gemachte Forderung kein Legat, sondern eine aus einem onerösen Contracte erwachsene Erbschafts-Schuld, sey, litem negative contestando, ein.

Der Sequester leugne die Existenz des gegenseits angeführten onerösen Contracts gänzlich, und ferner, daß eine donatio inter vivos, der Art und Kraft, zwischen dem Kläger und der hochseligen Frau Aebtis-

sinn von Gandersheim errichtet worden, wornach der klagbar gemachten Forderung vor den übrigen Legatarien ein Vorzug zugesprochen werden könne und müsse.

Das Requisit, welches der von dem Gegner in der Klage angeführte 1106. Art. des Code Napoleon zur Bestimmung des Begriffs eines onerösen Contracts erfordere, möchte in vorliegender Sache wohl nicht zu finden seyn, indem es lediglich in der Willkühr des Klägers beruht, zu jeder Zeit den Vortheil, einen jährlichen Gehalt lebenslänglich zu beziehen, aufzugeben, und die Dienste der Frau Aebtissinn zu verlassen, ohne daß diese ein gegründetes Recht und eine Verpflichtung gehabt, von dem Kläger zu verlangen, bis zu ihrem Ableben in ihren Diensten zu bleiben, oder denselben auf Lebenszeit in Diensten zu behalten. Wenn gleich der Kläger anführe, daß er sich der Frau Aebtissinn verbindlich gemacht habe, bis zu ihrem Tode in den Diensten derselben zu bleiben, so sey dieses einmahl nicht erwiesen, und zweitens sey dieses ein solches Versprechen, welches, wie schon gesagt, lediglich von der Willkühr des Klägers abgehangen habe.

Die ferner von dem Kläger, zur Begründung des behaupteten Vorzugsrechts seiner Forderung, in der Klage angeführten Artikel 923 und 925 des Code Napoleon, reden, zu Folge des Art. 894, worin der Begriff einer Schenkung unter den Lebenden festgesetzt sey, offenbar von einer solchen Schenkung, wo eine körperliche Sache aus dem Eigenthume des Schenkgebers in

das Eigenthum des Beschenkten, durch Herausgebung und Annehmung, übergehe, keinesweges aber reden sie von einem Versprechen, etwas schenken zu wollen.

Daß aber im gegenwärtigen Falle nur von einem Versprechen etwas schenken zu wollen, von der Aussetzung eines Legats einer lebenslänglichen Leibrente, die Rede seyn könne, dieses beweisen die eigenen Worte der vom Gegentheile beygebrachten Urkunde, denn

1) heiße es in dem eigenhändigen Schreiben der höchstseligen Frau Aebtissinn, vom 20sten Jul. 1803:

> Meine Meinung aber ist, Ihnen zeitlebens statt Ihrer genossenen Besoldung ein Legat von jährlich 1500 Rthlr. zu lassen, und

2) würde in dem mehrgedachten Auszuge aus dem Testamente der Frau Aebtissinn, oder dem § 8 desselben, gesagt:

> Dem Hofrath Friedrich Carl von Strombeck legire ich zeitlebens eine Leibrente von 1596 Rthlr.

Diese Urkunden enthielten also weiter nichts, als jene das Versprechen eines Legats, und diese das versprochene Legat selbst.

Diese Urkunden könnten aber unmöglich das prätendirte Vorzugsrecht des Klägers vor den übrigen Legatarien rechtfertigen, und die Qualität des quaest. Legats in eine Erbschafts-Schuld verwandeln.

Das k. Tribunal erließ hierauf, nachdem es die Entscheidung der Sache ausgesetzt und die Niederlegung der Acten erfordert hatte, folgendes

Urtheil.

Das königliche Tribunal,

nach Anhörung des Herrn Procureur du roi *);

nach Ansicht eines Erkenntnisses des hiesigen königlichen Tribunals vom 19ten Aug. 1812 und der darin zur Ansicht genommenen Gesetzstellen und Urkunden;

nach Ansicht der Lex 25, l'and. de probat. und des § 1. Inst. de donationibus;

nach Ansicht der Art. 1156, 1161, 1162, 894 und 923 des Code Napoleon;

In Betracht, der Beklagte, als Sequester derjenigen Verlassenschaft, an welche Kläger eine Schuldforderung geltend machen will, die Person des Erben repräsentirt, und daher der rechte und einzige hauptsächliche Beklagte ist;

In Betracht die Theilnahme der Legatarien an diesem Rechtsstreite immer nur accessorisch und von der Art seyn kann, daß sie allenfalls an der Vertheidigung des Beklagten, in so fern sie bey dem Ausgange der Sache interessirt erscheinen, Antheil zu nehmen, befugt erachtet werden mögen;

---

*) Seine Conclusionen waren von nachfolgendem Urtheile, in den dem Kläger beschwerlichen Puncten, völlig entgegen. Es hätte dieses billig in dem Urtheile, welches eine treue Darstellung alles dessen, was bey der Abgebung des Urtheils (lors du jugement, vergl. Pr.-Ord. Art. 425. Nro. 2.) vorging, enthalten muß, gesagt werden müssen.

In Betracht jedoch bis jetzt von einer Prioritäts-Bestimmung die Rede nicht ist, auch die Legatarien mit einem Erbschafts-Gläubiger wegen der Priorität unmittelbar nie in Collision gerathen können, weil kein Erbschafts-Vermögen existirt, bis die Gläubiger befriediget worden, die Rechte der Legatarien aber sich auf dieses lediglich beschränken, deshalb auch keine Principal-Intervention eines Legatars Statt findet, wenn zwischen einem vorgeblichen Gläubiger und den Erben über die Existenz oder Nichtexistenz einer Schuldforderung gestritten wird;

In Betracht, soviel das Wesen der Hauptsache angeht, Kläger darauf angetragen, zu erkennen, daß er an dem Nachlasse der höchstseligen Frau Aebtissinn Zeit seines Lebens, als wahre Leibrente und als Erbschafts-Schuld, die Summe von 1596 Rthlr. Conventions-Münze jährlich zu fordern habe;

In Betracht Kläger zur Begründung dieses Verlangens sich auf einen zweyseitigen onerösen, zwischen ihm und der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim abgeschlossenen Vertrag beruft, vermöge dessen Kläger seine Dienste der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim auf deren Lebenszeit gewidmet, diese aber ihm auf seine Lebenszeit die erwähnte Leibrente zugesichert;

In Betracht Kläger den Beweis der Existenz solches Contracts durch ein Schreiben der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim vom 20. Jul. 1803

und durch die Wortstellung des §8. deren Testaments vom 20. Febr. 1808 zu führen beabsichtiget, und eventualiter vermeint, daß wenigstens in jenen Documenten der Beweis einer Schenkung unter den Lebendigen liege, welche nicht minder seine Forderung zu einer Erbschafts-Schuld qualificire;

In Betracht Beklagter diesem allen widerspricht, und die dem Kläger zugesicherte Leibrente lediglich als ein Legat, nicht aber als eine Erbschafts-Schuld, anerkennen will;

In Betracht, so viel die vorerwähnten Documente angeht, zuvörderst das Schreiben vom 20ten Jul. 1803, nach seinem ganzen Inhalte, nicht sowohl die Anerkennung einer von der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim, vermöge eines onerösen Contracts, übernommenen Verbindlichkeit enthält, als vielmehr davon zu zeugen scheint, daß dem Kläger von der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim schon früher die Zusicherung ertheilt worden, daß höchstselbige ihm im Testamente mit einem legato annuo von 1500 Rthl. bedenken wolle, und ihn zugleich darüber beruhiget, daß mit der Annahme dieses Legats keine fernere Dienstverpflichtungen gegen höchstihre Erben oder Nachfolger verknüpft seyn sollten;

In Betracht auch die Worte, deren sich die höchstselige Frau Aebtissinn von Gandersheim im § 8. des Testaments vom 20. Febr. 1808 bediente, eben so wenig die Anerkennung eines nach der Behauptung des Klä-

gers bestandenen onerösen Contracts, oder einen Beweis für dessen Existenz liefern;

In Betracht, so viel den aus den eben gedachten beyden Documenten zu entnehmenden Beweis einer Schenkung unter den Lebendigen betrifft, solcher Beweis aus dem Schreiben vom 20. Jul. 1803, zufolge früherer Betrachtung, nicht zu entnehmen ist;

In Betracht dagegen, so viel in dieser Hinsicht den §. 8. des erwähnten Testaments angeht, die Worte:

"ich bemerke hiebey, daß ihm diese lebenslängliche „Leibrente bereits vor mehreren Jahren versprochen „habe und daß solche von ihm acceptirt ist"

dem Anschein nach ohne Bedeutung seyn würden, wenn dieselben nicht auf eine schon früher geschehene Schenkung, oder wenigstens auf die geschehene Zusicherung einer Liberalität und die Acceptation solcher Zusicherung, bezogen werden wollten;

In Betracht auch im Zweifel jede Aeußerung, welche in einem Rechtsgeschäfte oder Testamente sich aufgenommen findet, so zu verstehen ist, wie damit eine Absicht vereint gedacht werden kann, jedoch auch im Zweifel die Auslegung wider denjenigen zu machen ist, welcher aus zweifelhaften Ausdrücken für sich Vortheile herleiten will;

In Betracht jedoch jene Schenkung durch die etwaige Acceptation des Klägers zu einer donatio inter vivos nicht umgeschaffen werden können, wenn sie im übrigen den Character einer donatio mortis causa

an sich getragen, zu deren Perfection die Acceptation des Schenknehmers ebenfalls nöthig ist;

In Betracht hier aber so viel klar wird, daß der Zeitpunct, wo jene Schenkung in Erfüllung gehen sollte, erst mit dem Tode der höchstseligen Schenkgeberinn, den vom Kläger selbst vorgetragenen factischen Verhältnissen zufolge, eintreten sollen, weil die dem Kläger nach Inhalt jenes § 8. zugesicherte und acceptirte Leibrente ihm nicht schon bey Lebzeiten der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim auszuzahlen gewesen, sondern Kläger während derselben für seine Dienste eine Besoldung bezogen, an deren Stelle, im Fall durch den Tod der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim der Dienst des Klägers aufhörte, ihm eine Leibrente zugesichert war;

In Erwägung, daß die Frage, ob die nach Inhalt des § 8. des oftgedachten Testaments und nach der Behauptung des Klägers, mehrere Jahre vor dem Anno 1808 errichteten Testamente geschehene Schenkung eine donatio inter vivos oder mortis causa sey? lediglich nach alten, zu jener Zeit, in welcher dieses Geschäft fallen würde, statt gehabten Rechten zu beurtheilen ist;

In Erwägung, daß der vorzügliche Unterschied der donatio inter vivos und mortis causa darin besteht, das letztere erst auf den Todesfall des Schenkgebers in Erfüllung zu gehen bestimmt wird;

In Erwägung, daß sowohl der Brief der höchstseligen Erblasserinn, als die Verbindung der Worte des § 8. deren Testaments, auf das Vermächtniß einer Leibrente und die Zusicherung solchen Vermächtnisses, weit mehr als auf die Absicht einer Schenkung, sey es unter den Lebendigen oder von Todeswegen, hindeuten, indem Schenkungen nie vermuthet werden; Lex 25 Pand. de probationibus; im Gegentheil aber wohl zu vermuthen ist, daß die höchstselige Erblasserinn, wenn ihre Absicht nicht sowohl auf die Zusicherung eines Legats, als auf eine wirkliche unwiderrufliche Schenkung gerichtet gewesen, den Zeitraum von 1803 bis 1808 benutzt haben würde, die Absicht eines solchen Vertrags durch ein bündiges, zweifelfreyes, zweiseitiges Instrument auszudrücken;

In Betracht ohnehin diejenigen Aeußerungen der höchstseligen Frau Aebtissinn von Gandersheim, aus welchen Kläger den Beweis einer Schenkung hernehmen will, und welche, ihrem Zusammenhange nach, ergeben, daß höchstihre freygebige Absicht erst nach höchstihrem Ableben wirksam werden sollen, auf eine donatio mortis causa hindeuten würden, wenn überall eine Schenkung daraus abzunehmen;

Mortis mentione inserta, in dubio mortis causa donatio videtur.

Lauterbach, Lib. 39. Tit. III. *) § 27.

---

*) Der Tit. III. handelt de aqua pluvia: es ist hier unstreitig ein Schreibfehler (von denen die Abschrift

In Betracht die Höchstselige allemal im mehrgedachten § 8. sich überflüssiger Ausdrücke bedient haben würde, wenn man die Worte: "ich bemerke ꝛc." so verstehen könnte, und dieselben unzweifentlich so zu verstehen wären, daß dieselben nur den Beweis einer bey Lebzeiten geschehenen Schenkung liefern sollen, weil solchenfalls die frühern Worte: "ich legire ꝛc." offenbar überflüssig gewesen wären;

In Betracht, solchem allen nach die ausgemachten factischen Verhältnisse eine unbezweifelte, der Absicht des Klägers entsprechende Auslegung der in Frage befangenen Documente nicht gestatten;

In Betracht, der Intention des Klägers vielmehr entgegen steht:

1) Daß die Worte des § 8. des Testaments: "ich bekenne ꝛc." gar wohl in der Absicht hinzugefügt seyn können, um die Beweggründe eines so bedeutenden Vermächtnisses vorzulegen, und in solcher Hinsicht die Bemerkung: daß eine schon früher geschehene und acceptirte Zusicherung der höchstseligen dieses Vermächtniß zur Pflicht gemacht, als eine überflüssige, zwecklose Aeußerung keinesweges erscheint;

2) Daß auch ferner bey Auslegung der Worte eines letzten Willens es vorzüglich auf den präsumtiven Willen des Erblassers ankömmt, daß aber nicht er-

---

der Sentenz voll ist) vorhanden und L. XXXIX. T. VI. §. XXVII. zu lesen, wo sich obige Stelle findet.

sichtlich wird, und kein Grund ist, zu vermuthen, daß die höchstseelige, während dieselbe ihre übrige getreue Dienerschaft in Ansehung der Quantität mit ungleich geringern Vermächtnissen bedacht, dem Kläger die Vorrechte eines Gläubigers, durch die Form ihrer Liberalität, habe einräumen, und ihn dadurch in der Maaße habe bevorzugen wollen, daß dadurch die Möglichkeit eines Falles gegeben werden sollte, in welchem alle übrige von der Höchstseeligen bedachte Personen leer ausgehen, der Kläger aber die ihm zugedachte Freygebigkeit vollständig genießen mögen;

In endlicher Erwägung, daß wenn auch, wie doch nicht geschehen, die Beobachtung der zu dem Rechtsbestande einer donatio mortis causa nach alten Rechten erforderlichen Förmlichkeiten nachgewiesen und die Existenz einer donatio mortis causa wirklich anzunehmen wäre, hierdurch der Kläger die Eigenschaft eines Erbschafts-Gläubigers nicht begründen könnte;

§. 1. Inst. de donationibus; Quid quod iuris est in legatis, id regulariter etiam in mortis causa donatione accipiendum *); Lauterbach Colleg. Lib. 39. Tit. 6. §. 25.

---

*) Die Stellung dieses Allegats zwischen den zwey Citaten macht es zweifelhaft, ob es sich § 1. Inst. de donat. oder Lauterbach, Lib. 39. Tit. 6. § 25. finden soll. Die Wahrheit ist, daß es sich weder an dem ersten noch zweiten Orte findet. Die angeführte Gesetzstelle enthält übrigens eine Definition von der do-

In Betracht daher der Kläger mit seiner Klage abzuweisen, ihm jedoch der Beweis seines gedoppelten Klagegrundes nachzulassen ist;

Erkennt:

daß zuvörderst Intervenientinn*) mit ihrer Intervention abzuweisen sey, daß aber in der Hauptsache auch der Kläger ab- und zur Ruhe zu verweisen und in die Kosten des Prozesses zu condemniren sey; es wäre denn, er beweise binnen einer ihm des Endes gesetzten 4wöchentlichen Frist, des Gegentheils Gegenbeweis, binnen gleicher Frist, vorbehältlich:

Daß entweder zwischen ihm und der höchstseeligen Frau Aebtissinn von Gandersheim, Fürstl.

---

natio mortis causa, die deutlich zeigt, daß hier von keiner donatio m. c. die Rede seyn kann, denn sie sagt: vt per omnia *fere* (fast) legatis connumerentur; Lauterbach aber sagt l. c. "et annua praestatio m. c. donari potest" woran niemand zweifelt. Es muß hier also ein Schreibfehler zum Grunde liegen.

*) Von dieser Intervenientinn kömmt in den Qualitäten nichts vor, auch ist dem Kläger persönlich nichts von einer Intervention zu Gesicht gekommen. Wie er aber vernommen, ist eine derjenigen Personen, welche Forderungen an der Masse machten, intervenien-
do eingekommen.

Durchlaucht, ein zweyseitig lästiger Vertrag errichtet worden, wodurch Kläger seine Dienste für die Lebenszeit der höchstseeligen Frau Aebtissinn von Gandersheim dieser zugesichert, diese dagegen ihm einen Gehalt von 1596 Rthl. Conventions-Geld, und daß solcher Gehalt nach Höchstihrem Tode Klägern als eine jährliche Leibrente fortwährend gezahlt werden sollte, versprochen habe; oder, daß die gedachte Höchstseelige ihm, durch eine zu Recht beständige Schenkung unter den Lebendigen, eine, von dem Tage Höchstihres Ablebens an, zahlbare Leibrente von 1596 Rthlr. Conventions-Geld, jährlich zugesichert habe;

worauf sodann weiter ergeht, was Recht ist.

Gehandelt und geurtheilt im königlichen Tribunale zu Einbeck, durch die Herren Osthaus, Präsident, Achterman, Wedemeyer, Reck, Richter, in der Audienz den 20. Oct. 1812.

Osthaus.

Klügel."

Dieses Erkenntniß ist dem Präsidenten von Strombeck am 19ten December 1812 insinuirt, und es ist von ihm dagegen zeitig die Berufung an den k. Appellationshof zu Cassel zur Hand genommen.

Ehe man zu einer Erörterung der in diesem Erkenntnisse aufgestellten Grundsätze übergehet, wird es nothwendig seyn, festzusetzen, nach welcher Gesetzgebung der gegenwärtige Rechtsstreit entschieden werden müsse.

Es kann die Forderung des Präsidenten v. Str. auf eine doppelte Weise angesehen werden:

1stens als Legat, und zwar, nach der Behauptung des H. Beklagten, welche in dem Erkenntnisse des Tribunals zu Einbeck als die richtige anerkannt worden, als ein gewöhnliches, obgleich von der Erblasserin versprochenes und von dem Kläger acceptirtes Legat: nach der Behauptung des Klägers aber, als ein legatum debiti;

2tens als eine, aus einem Vertrage, (es möge dieser nun ein oneröser Vertrag oder eine Schenkung seyn) herrührende, Forderung.

Wählt man den ersten Gesichtspunct, so leidet es keinen Zweifel, daß die Sache nach der neuen Legislation zu entscheiden sey; denn das Testament, in welchem das Legat enthalten, wurde unter der Herrschaft des Gesetzbuchs Napoleons, und nach seinen Vorschriften, verfertigt.

Es wird nicht unzweckmäßig seyn, hier nun sofort zu bestimmen, was der Kläger zu erwarten hat, wenn seine Forderung ein, nach der neuen Gesetzgebung zu beurtheilendes, Legat seyn sollte, und also, insofern, bereits die Sentenz des ersten Richters zu prüfen.

a) Angenommen, daß es nichts, als ein gewöhnliches Legat sey.

Könnte hier von einer angetretenen Erbschaft die Rede seyn: so wäre der Erbe, oder Universal-Legatar, Schuldner des Legats, der Präsident v. Str. hielte sich lediglich an ihn, unbekümmert, ob die, ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetretene, Erbschaft zur Bezahlung aller Erbschafts-Verpflichtungen hinreiche, oder nicht (Art. 1012, 1013, 1017. C. N.).

Doch dieses ist hier nicht der Fall. Die Erbschaft ist weder mit, noch ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten. Die eingesetzten Universal-Legatare haben von dem Executor des Testaments noch nicht einmahl von ihrem Rechte benachrichtigt werden können: die Erbschaft ist vacant, und ein Sequester verwaltet sie *). Unter diesen Umständen können

*) Dieser kann aber deswegen nicht gezwungen werden, zu erklären, ob und wie er die Erbschaft antreten wolle, da das Testament den Erben hierzu eine Frist von einem Jahre einräumt, von dem Tage an, da ihnen von dem Executor des Testaments (dem Präsid. v. Strombeck) der Inhalt desselben angezeigt werden konnte. (Testm. § 27.) Dieß hat bis jetzt, der politischen Verhältnisse wegen, nicht geschehen können.

die Legatare nicht mehr als die ganze Erbschafts-Masse verlangen, insofern nemlich die Summe der Legate dieser gleichkommen, oder sie gar überschreiten sollte. In diesem letzten Falle, der hier eintreten würde, bestimmt nun das Gesetz ausdrücklich (Art. 926. C. N.)

"Ueberschreiten die testamentarischen Verfügungen, entweder den disponibeln Betrag, oder den, nach Abzug des Werths der Schenkungen unter den Lebenden übrigbleibenden Theil desselben: so geschieht die Reduction verhältnißmäßig, ohne einigen Unterschied zwischen allgemeinen und besondern Vermächtnissen."

Der Präsident von Strombeck hätte sich also gefallen zu lassen, mit den übrigen Legataren, denen Leibrenten vermacht sind, zu gleichen Theilen zu gehen: ohne daß sie jedoch sämmtlich nöthig hätten, sich lediglich mit den Erbschafts-Einkünften zu begnügen, sondern sie würden sofort das Capital-Vermögen selbst angreifen können. Da jedoch der Art. 927. des C. N. verordnet:

"Gleichwohl soll in den Fällen, wo der Testator ausdrücklich erklärt hat, daß seiner Absicht gemäß das eine oder andere Legat vorzugsweise ausgezahlt werde, dieser Vorzug Statt finden, und das Vermächtniß, worauf er sich bezieht, erst alsdann einen Abzug leiden, wenn der Werth der übrigen den gesetzlichen Vorbehalt noch nicht ausfüllt;" —

so würde, selbst nach dieser Ansicht, jener angedeutete Fall nicht eintreten können: denn ist es mög-

lich, daß der Testator auf eine ausdrücklichere Art seinen Willen zu erkennen geben könne, ein gewisses Legat solle vor allen andern bezahlt werden, als wenn er ausdrücklich erklärt, er habe dieses Legat dem Legator versprochen, und dieser habe es acceptirt? Es scheint dieses unmöglich zu seyn, besonders wenn man aus zwey frühern Testamenten und aus einem eigenhändigen Schreiben des Testators dasselbe ersieht. Jedes redlichen Menschen Verpflichtung ist es, seine Versprechen zu erfüllen. Die Prinzessinn Auguste gehörte zu den edelsten Personen, die je auf dieser Erde lebten (eine Wahrheit, die von allen, welche sie kannten, nicht bezweifelt wird): wie wäre es nun denklich, daß sie dem Präsidenten von Strombeck ein bestimmtes Legat versprochen haben sollte, ohne dafür zu sorgen, so viel in ihrer Gewalt stand, daß er es auch erhielte? — Hieße es, das Versprechen erfüllen, ihn zwar mit dem versprochenen Legate in dem Testamente bedenken, aber so viele andere Legate, unter so mißlichen Zeitumständen, hinzuzufügen, das vorauszusehen war, er würde wenig oder nichts erhalten? — Die Sentenz des ersten Richters nimmt zwar an, "es sey kein Grund „zu vermuthen, daß die Höchstseelige, während dieselbe „ihre übrige getreue Dienerschaft in Ansehung der „Quantität mit ungleich geringern Vermächtnissen be„dacht, dem Kläger die Vorrechte eines Gläubigers, „durch die Form ihrer Liberalität, habe einräumen „wollen:" — aber sollte nicht dieser Grund hinläng-

lich darin zu finden seyn (immer die Ansicht der Sentenz und des Hrn. Beklagten beybehaltend), daß sie dem Kläger das Legat versprochen und daß er es acceptirt hatte, der Prinzessinn also die Verpflichtung oblag, es ihm zu verschaffen? — welchem Grunde der Präsident von Str. den Grund hinzufügen könnte, daß, hätte er die Angelegenheiten der Prinzessinn nicht in der bedenklichen Zeit, in welcher das Vermögen so vieler Fürsten verlohren ging, geleitet, schwerlich jetzt irgend ein Object, wovon Legate ausgezahlt werden könnten, vorhanden wäre. Ueberdem würde der Pr. von Str. durch Handschreiben der Prinzessinn zu beweisen vermögen, daß sie mehreren von den mit Legaten bedachten Personen keine Leibrenten zu hinterlassen die Absicht hatte, und daß sie dieses nur auf Vorstellung desselben that: hielte er es nicht für Unrecht, diesen Personen, das Vergnügen zu entreißen, von der Prinzessinn aus deren eignen Antriebe bedacht zu seyn.

Also es war Pflicht der Prinzessinn, dafür zu sorgen, daß der Präsident von Strombeck das erhielte, was ihm versprochen war, und deutlich hat sie ausgedruckt, daß, dieser Pflicht gemäß, sie ihm, vor allen andern, die versprochene Rente zu lassen beabsichtigte. Ganz die Sache aus dem Gesichtspuncte des k. Tribunals zu Einbeck also angesehen, hätte dem Präsidenten von Strombeck das geforderte Vorrecht zuerkannt werden müssen.

b) Erkennt man aber, mit dem Kläger, in der legirten Rente ein legatum debiti: so wird jene Folgerung, wo möglich, nach klarer. Ein legatum debiti ist alsdann vorhanden, wenn dasjenige legirt wird, was der Erblasser schuldig ist. Es bringt den Vortheil, (wie Thibaut *) sagt), daß der Legatar sofort unbedingt, ohne den vorhin gegen ihn Statt gefundenen Einreden unterworfen zu seyn, sein Recht geltend machen, und das ganze bestimmt angegebene Object, auch wenn er es zuvor nicht zu fordern hatte, einklagen kann; daß er ein Pfandrecht erhält, und aus dem Legat die Existenz der Schuld beweisen kann, sofern nemlich die Summe angegeben ist.

"Papinianus scripsit vtile esse legatum (si debitor creditori suo quod debet legauerit), quia semel constitit, quod et verum est." §. 14. Inst. de legat.

Wie ist es nun möglich, ein legatum debiti zu verkennen, wenn jemand sagt: dem N. N. legire ich eine Leibrente, und bemerke, daß ihm diese lebenslängliche Leibrente (nicht das Legat sondern die Rente selbst) "bereits vor mehreren Jahren versprochen, und daß diese von ihm acceptirt ist?"

War nicht mehrere Jahre vor dem Jahre 1808 (als der C. N. in Westphalen eingeführt wurde) ohne alle Schrift, ein acceptirtes Versprechen verbindlich?

---

*) Pand. System §. 755.

(Und hier wird, zum Ueberflusse, noch eine Schrift, welche auch das debitum beweiset, producirt?) Ist es nicht ein legatum debiti, wenn der Testator sagt: "Ich legire meine Schuld, und sagte die Prinzessinn wohl etwas anderes, wenn sie sagte: Ich legire eine Rente, welche von mir versprochen und von dem Legatar acceptirt ist? —

Muß man nun, nach dieser Ausführung, nicht annehmen, daß der erste Richter gar nicht daran dachte, daß ein legatum debiti in der Jurisprudenz vorhanden sey, wenn er in seinem Erkenntnisse sagte: "In „Betracht die Höchstselige allemahl im mehrgedachten „§ 8. sich überflüssiger Ausdrücke bedient haben würde, „wenn man die Worte: ich bemerke ꝛc. so verstehen „könnte, und dieselben unzweifelhaft so zu verstehen „wären, daß dieselben nur den Beweis einer bey Leb„zeiten geschehenen Schenkung liefern sollen, weil „solchenfalls die früheren Worte: ich legire ꝛc. „offenbar überflüssig gewesen wären?" Sollte es nicht erlaubt seyn, hierauf den Rechtsgelehrten Papinianus antworten zu lassen: vtile esse nihilominus legatum, quia semel constitit? (§. 14. Inst. de legat.) Möchte es doch dem ersten Richter gefällig gewesen seyn, diesen gesetzlichen Text zu berücksichtigen, und der Präsident von Str. würde erhalten haben, was ihm, aus so vielen Titeln, gebührt! — Doch, hat nicht das wohlthätige Gesetz eine höhere

Behörde angeordnet, welche die Irrthümer der ersten Richter zu verbessern den ehrenvollen Auftrag hat!

Aber kann es denn, nach der jetzigen Gesetzgebung, annoch ein legatum debiti geben? Die französische Jurisprudenz zweifelt keinen Augenblick daran, und erst kürzlich ist die Rechtmäßigkeit dieser Jurisprudenz von einem der ersten Rechtsgelehrten Frankreichs, dem H. Dumoulin in der Bibliothéque du Barreau (T. V. Nro. II u. III. p. 156. *)) in das helleste Licht gesetzt worden. Wie könnte man auch an jener Wahrheit zweifeln? — Alle Gegenstände, worüber die Disposition im Testamente nicht durch die Gesetze verboten ist, können der Vorwurf eines Legats seyn. Fehlt also jemand der Beweistitel einer Forderung: so leidet es

---

*) Der Verf. macht sich selbst folgenden Einwurf: "La loi ne reconnoit que deux modes de disposer de ses biens à titre gratuit: la donation entre vifs et le testament;" und beantwortet ihn folgendermaaßen; "nous repondons: il est impossible de supposer que celui qui, pouvant donner tous ses biens, a reconnu devoir une certaine somme, ait voulu commettre quelque fraude: que si au lieu de dire: je donne ou je legue 10,000 Fr. à telle personne, il a dit je dois 10,000 Er., c'est qu'il avoit réellement une dette à reconnoître." Im vorliegenden Falle konnte die Prinzessinn den Präsidenten von Str. zu ihrem einzigen Legatar ernennen: sie konnte also auch sagen: ich versprach ihm eine Rente, und er acceptirte sie.

keinen Zweifel, daß der gewissenhafte Testator ihm diesen durch ein Testament verschaffen könne. Ertheilt er nun solchen Titel in einem öffentlichen Testamente, so ist jeder Zweifel sofort beseitigt; der Legatar hat den authentischen Beweistitel, welcher ihm fehlte; ist aber das Anerkenntniß der Schuld in einem olographischen Testamente enthalten: so ist es allerdings nöthig, daß mit diesem erst diejenigen gesetzlichen Erfordernisse, wodurch es völlige Authenticität erhält, vorgenommen seyn müssen. Dieses ist im vorliegenden Falle geschehen: das olographische Testament der Prinzessinn hat völlige Authenticität erlangt; es ist darin das Anerkenntniß eines acceptirten Versprechens, und zugleich ein Legat des schuldigen Objects enthalten, der Präsident von Strombeck muß also den Nutzen empfangen, den Gesetze und die Natur der Sache mit dem legato debiti verknüpfen. Dieser Nutzen, und also der Zweck der höchstsel. Prinzessinn, ist aber um so deutlicher in die Augen springend, weil das Testament dem Kläger den Beweis einer ihm schuldigen Leibrente von 1596 Rthlr. darbiethet, da er jedoch lediglich einen Titel über eine Rente von jährlich 1500 Rthlr. in den Händen hatte.

Ist es möglich, nun noch mit dem k. Tribunale zu Einbeck, unter den bemerkten Voraussetzungen, die fragliche Stelle des Testaments für überflüssig zu erklären?

Nachdem, auf solche Weise, bewiesen ist, daß, wenn man die Angelegenheit nach der neuen Legislation beurtheilt, und in der Forderung des Präsidenten v. Str. ein Legat, sey es ein gewöhnliches Legat, oder ein legatum debiti, erblickt, seinen Conclusionen gemäß erkannt werden mußte: gehet man zu der zweiten Ansicht der Sache über.

Sieht man die Forderung des Klägers als eine aus einem Vertrage (es möge dieser nun ein oneröser Vertrag oder eine Schenkung seyn) herrührende Obligation an: so ist nichts gewisser, und auch von dem ersten Richter angenommen, als daß solche nach dem alten Rechte beurtheilt werden müsse; denn unter der Herrschaft dieses würde sie ihren Ursprung erhalten haben.

Der Präsident v. Strombeck behauptet: es gebühre ihm die in Frage stehende Leibrente aus einem mit der Prinzessinn eingegangenen Vertrage, er qualificirt diesen zuvörderst als einen onerösen, läßt es sich jedoch gefallen, in ihm eine Schenkung zu erkennen. Er glaubt, durch die producirten und anerkannten Documente, entweder den Vertrag oder die Schenkung erwiesen zu haben. Weder das k. Tribunal, noch der Hr. Beklagte, läugnen den Effect, den ein solcher Vertrag, oder solche Schenkung, zum Besten des Klägers, hervorbringen würden: aber sie finden den Beweis derselben nicht in den producirten Documenten, und die Sentenz legt also dem Kläger den Beweis seiner Forderung auf.

Zu zeigen ist hier also, daß der Beweis der Forderung in den producirten Documenten (wobey man sich nunmehr auch vorzüglich auf das bey dem Stifte St. Blasii und das bey der Justiz-Canzley deponirte Testament der Prinzessinn mit bezieht) bereits vollkommen enthalten sey.

a) Beweis des zweiseitigen Vertrages.

Der Art. 16 des bey dem Stifte St. Blasii niedergelegten Testamentes sagt:

"Den in meinen Diensten stehenden Hofrath von „Strombeck sind, nach dem von mir ihm gethanen „Versprechen, bey seiner hiesigen Ueberkunft von Gan„dersheim, *eintausend fünfhundert Rthlr.* jährlich „auszuzahlen."

Das eigenhändige anerkannte Schreiben der Prinzessinn an den Präsidenten v. Str. sagt:

"Meine Meinung ist, nach dem von mir bey Ih„rer Ueberkunft von Gandersheim nach Braunschweig „geschehenen Versprechen, Ihnen zeitlebens, statt „Ihrer genossenen Besoldung, ein Legat von jährlich „funfzehnhundert Rthlr. zu lassen, ohne daß sie ver„pflichtet wären|u. s. w. . . . . so gebe ich Ihnen „hierdurch solche von mir bereits gethane münd„liche Versicherung auch schriftlich."

Das bey der Justiz-Canzley deponirte Testament sagt, im Art. 10:

"Den in meinen Diensten stehenden Hofrath von „Strombeck sind, nach dem von mir ihm gethanen

„Versprechen, bey seiner Ueberkunft nach Braun-
„schweig von Gandersheim, *eintausend fünfhundert*
„*Rthlr.* jährlich auszuzahlen."

Das letzte olographische Testament sagt § 8:

"Dem Hofrathe Friedrich Carl von Strom-
„beck legire ich zeitlebens eine Leibrente von 1596
„Rthlr., ich bemerke dabey, daß ich ihm diese le-
„benslängliche Leibrente bereits vor mehrern
„Jahren versprochen habe, und daß solche von
„ihm acceptirt ist."

Damit aber ja kein Zweifel übrig bleiben sollte, daß jene früheren Testamente, zur Erklärung des letztern olographischen angewandt zu werden vermöchten, sagte die höchstselige Testirerinn in dem letzten, § 2, ausdrücklich:

"Mein bey der Justiz-Canzley zu Wolfenbüttel
„deponirtes Testament und Codicill, oder solche die
„diesem noch vorher gegangen sind, sind in allen Clau-
„seln, welche nicht in diesem Testamente bestätigt wor-
„den, hierdurch aufgehoben. Jedoch erkläre ich,
„daß sie zu der Unterstützung der Gewißheit
„meiner Willens-Meinung in den bestätigten,
„oder extendirten Puncten dienen können." —
Es ist klar, daß sich dieser Punct besonders auf die von 1500 Rthlr. auf 1596 extendirte Rente des Klägers bezieht.

Nachdem diese Willensäußerungen der höchstseeli-
gen Prinzessinn dem Prüfer dieser Sache vor Augen ge-

stellt sind; wagt man eine Frage, die vielleicht in einer juristischen Abhandlung (die nicht die ersten Elemente des Rechts darstellt) nicht vorkommen dürfte:

Was ist ein *Pactum*? Ulpian antwortet (L. 1. §. 2. D. de pactis): duorum vel plurium in idem placidum consensus. Neuere Rechtsgelehrte haben dasselbe durch promissio acceptata noch kürzer auszudrucken gesucht.

Wie ist es nun möglich, in den angeführten Stellen nicht zu finden, daß die Prinzessinn Auguste und der Kläger darin übereingekommen, der letztere solle eine Leibrente von der ersten, von resp. 1500 u. 1596 Rthlr. erhalten, und daß man diese Uebereinkunft getroffen, zu der Zeit als der letztere von Gandersheim nach Braunschweig zog? — Es ist dieses unmöglich; es würde dem Wortverstande jener Stellen gerade entgegen stehen!

Auch leugnet dieß keinesweges der Herr Beklagte und die Sententia a qua giebt es zu; aber indem dieß beyde thun, rauben sie ihren Einräumungen allen Effect.

Es sey allerdings, gestehen sie ein, dem Kläger etwas versprochen und er habe etwas acceptirt, aber dieses sey nichts mehr als ein Legat, und dieß Legat habe er erhalten; dieß Legat gebe ihm aber gar kein Vorrecht vor den übrigen Legataren, und mache seine Forderung nicht zu einer förmlichen Erbschafts-Schuld; sondern gebe ihm nur das Recht, wenn das Testa-

ment von den Erben anerkannt, von diesen den ganzen Betrag seines Legats zu fordern.

Also ein Legat von jährlich 1596 Rthlr. ist es, was dem Präsidenten von Strombeck versprochen wurde? — Gab es denn zu der Zeit, als dieses Versprechen geschah, keine vertragsmäßige Erbfolge? — Galten denn zu jener Zeit nicht die deutschen Rechte? — Stand es denn in dem Willen des Testators, wenn er bey seinem Leben jemand seinen Nachlaß, ganz oder zum Theil, versprochen hatte, dieses Versprechen dadurch zu entkräften, daß er die Erbschafts-Masse, durch letztwillige Dispositionen, so verringerte, daß dem vertragsmäßigen Erben nichts als das leere Nachsehen blieb?

So lange es ein deutsches Recht gab, welches die pacta successoria billigt, ist eine solche Behauptung unerhört gewesen *).

Hier wäre also wiederum bewiesen, daß ein Vertrag zwischen der höchstsel. Prinzessinn und dem Präsidenten von Strombeck, dessen Object die fragliche Leibrente war, Statt hatte, und daß es gleichgültig sey, man möge diesen Vertrag so ansehen, wie ihn der Kläger darstellte, oder so, wie ihn der erste Richter sich dachte: das Object des Vertrages muß unverkürzt dem Kläger bleiben und ist eine Erbschafts-Schuld,

*) Kunde, deutsches Privat-Recht §. 660. (pag. 516. ed. v. 1791.)

es möge dieses Object das Legat einer Leibrente oder eine Leibrente selbst gewesen seyn. Kann nicht daran gezweifelt werden, daß die Prinzessinn gar kein Legat würde haben machen können, wenn sie jemand versprochen hätte, ihm ihr ganzes Vermögen zu legiren: so ist es auch unwidersprechlich, daß wenn sie jemand versprach, ihm jährlich 1596 Rthlr. zu legiren, dann sie in soweit nicht disponiren durfte, daß ihm diese Summe frey blieb.

Der Präsident von Strombeck bewies nur allein nicht, daß er der höchstsel. Prinzessinn versprochen, zeitlebens in ihren Diensten zu bleiben. Aber wozu ist dieses nöthig, da er bewies, was ihm versprochen und was er acceptirt hat?

b) Sollte man aber auch das Geschäft, welches zwischen der Prinzessinn von Braunschweig und dem Präsidenten von Strombeck Statt hatte, für eine Schenkung von Seiten der erstern halten: so verändert dieses die Sache nicht im Geringsten; die Schenkung geht so klar aus den producirten Documenten als der Vertrag hervor. Auch bedurfte sie keiner gerichtlichen Insinuation, (wenn es überall einer solchen, wenn die Schenkung unter den Lebenden in eventum mortis geschieht, bedürfte) indem das Geschenk von der Regentinn herrührte (L. 34. pr. C. de donat.). Jedermann ist nemlich bekannt, daß die jedesmahlige Aebtissinn von Gandersheim eine unmittelbare Reichsfürstinn war, welche Sitz und Stimme auf dem Reichs-

tage zu Regensburg hatte, daß sie die regierende Aebtissinn hieß, die keinen Souverain als den Kayser über sich erkannte, wie denn auch die Appellationen von ihren Gerichten an die höchsten Reichsgerichte gingen, und sie vom Kaiser beliehen wurde: Alles dieses nemlich, als die Schenkung Statt hatte, denn nachher wurden die Umstände freilich sehr verändert.

Nochmehr, bekannte, aus der Natur der Sache folgende, Rechte bestimmen, daß die für geleistete Dienste Statt gefundene Schenkung einer Rente, nicht als eine wahre Schenkung anzusehen, und ohne die der Schenkungen eigne gesetzliche Form gelten solle. Erst kürzlich sprach diesen Grundsatz die Französische Jurisprudenz aus *).

Ja, sagt die Sententia a qua, wollte man auch annehmen, es sey hier eine Schenkung vorhanden, so fehlt doch viel, daß sie eine Schenkung unter den Lebenden sey: die Acceptation des Klägers kann sie dazu nicht umschaffen, wenn sie in übrigen den Cha-

*) "L'écrit sous seing-privé, par lequel on promet de payer une rente viagère pour services reçus, n'est pas une veritable donation; ainsi il n'est pas soumis aux formalités requises pour cette espèce d'actes. Cet écrit ne renferme qu'un contract unilatéral, et ne doit être fait double." Erkenntniß des kaiserlichen Gerichtshofes zu Paris, d. d. 12. Nov. 1810. Biblioth. du Barreau T. VII. n. 10. p. 376.

racter einer donationis mortis caussa hat. Dieser Character liegt darin, daß sie erst auf den Todesfall in Erfüllung gehen soll; dieß ist hier der Fall: also ist auch hier (soll denn ja eine donatio vorhanden seyn) eine donatio mortis caussa vorhanden. Diese ist aber nicht besser als ein Legat. Lauterbach soll übrigens, L. 39. Tit. III. §. 27. *) beweisen: "Mortis mentione inserta, in dubio mortis causa videtur."

Zuerst ist hier zu bemerken, daß es, wie ausgeführt, dem Präsidenten von Strombeck sehr gleichgültig seyn kann, ob seine Forderung aus einem versprochenen Legate, Schenkung oder Vertrage herrühre. Auch im ersten Falle kann sie ihm, nach dem anzuwendenden deutschen Rechte, nicht geschmählert werden: aber ist denn, durch den kurzen Zeitraum, da das Römische Recht, in neuen Sachen, nur als geschriebene Vernunft gilt, die Kenntniß von dem wahren Character der donatio mortis caussa, und ihrem Unterschiede von der mortis caussa capio verschwunden?

"Die Widerruflichkeit (sagt Thibaut §907.) macht den Character der Schenkung auf dem Todesfall **). Wird daher ein Geschenk unwiderruflich er-

---

*) Unstreitig, wie bemerkt L. 39. T. VI. §. 27.

**) Bestimmt sagt dieses das Gesetz; §. 1. Inst. de donationibus: "Mortis causa donatio est quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, vt si quid humanitus ei contigisset haberet is

theilt (ein acceptirtes Versprechen ist doch wohl unwiderruflich), dessen Vollziehung nur durch den Tod des Erblassers hinaus gesetzt werden soll: so ist dieß, wenn es auch zuweilen uneigentlich mortis caussa donatio genannt wird, dennoch als Schenkung unter den Lebenden zu behandeln. (L. 27. u. 35. §. 2. de mortis caussa donat.) Auch muß man die sogenannte mortis caussa capio unterscheiden, welche im allgemeinen Verstande zwar jeden einseitigen Erwerb auf den Todesfall begreift, im engern Sinne aber die Erwerbungen auf den Todesfall befaßt, welche sich mit keinem besondern Kunstausdruck bezeichnen lassen."

Auf jeden Fall würde also nur eine uneigentliche donatio mortis caussa, eine mortis causa capio, oder eine donatio inter vivos in eventum mortis, vorhanden seyn.

Aber Lauterbach sagt: "mortis mentione inserta in dubio mortis caussa donatio videtur," höre ich fragen.

Um den ganzen Werth dieser Allegation auf einmahl darzustellen, möge hier der ganze Satz stehen, in welchem Lauterbach sich jener Worte bedient.

"Neque sufficit, *nisi* ipsa donationis essentia in mortem sit collata. (Dieß heißt doch unstreitig, das Wesen der Schenkung selbst muß bis zum

---

qui accepit, *sin autem supervixisset, is qui donavit reciperet; vel si eum donationis poenituisset.*"

Todesfall aufgeschoben seyn, wenn eine d. m. c. vorhanden seyn soll.) Unde mortis causa donatio non est, cuius executio tantum in mortem confertur, e. g. *Titio* 100 *dono, ab herede meo ipsi post mortem meam solvenda.* (sind nicht genau so die fraglichen Testamente gefaßt?) Haec donatio est inter vivos, et statim perfecta; quia non ipsa donatio, sed tantum ejus executio, in mortem confertur. Unde mortis mentio non tantum in verbis executionis vel solutionis gratia adjecta; sed ipsis *verbis dispositivis* substantiam designantibus, fieri debet. v. g.: *Titio cum moriar dono.* Sed male m. c. donatio a quibusdam definitur *in qua mortis mentio facta sit.* Quamvis enim (jetzt kommen die in der Sentenz angeführten Worte: aber in welchem verschiedenen Sinne!) MORTIS MENTIONE INSERTA IN DUBIO MORTIS CAUSA DONATIO VIDEATUR, fieri tamen potest, ut mors, licet in verbis dispositivis adjecta, magis sit causa impulsiva quam conditio" *).

---

*) Wie stimmen diese Grundsätze Lauterbachs mit denen der Sentenz überein?! — Schließlich bemerke ich noch, daß es nicht einmahl in der Gewalt der Prinzessinn gestanden haben würde (und wie weit war diese dem Kläger wahrhaft mütterlich gesinnte Fürstinn davon entfernt, eine solche Gewalt zu verlangen!), durch ihr letztes Testament die in den er-

Mit Ruhe endet der Unterzeichnete diese Abhandlung: sie gab ihm die neue Ueberzeugung von seinem Rechte. Wäre es ihm nur im geringsten zweifelhaft: so würde er es aufgeben. Er ist aber tief davon überzeugt, daß ihm das k. Tribunal zu Einbeck Unrecht that; doch eben so sehr, daß Irrthum, der Menschen Erbtheil, die Ursache dieses Unrechts ist. In seinem Herrn Gegner schätzt er einen Mann von anerkannter Rechtschaffenheit: er hofft, durch diese Abhandlung, ihn zu überzeugen, daß das Recht auf seiner, des Unterzeichneten, Seite sey. Das höchste

---

sten ausgedruckte Verpflichtung (promissio acceptata) aufzuheben, denn sie enthielten ein bestimmtes Eingeständniß. "La revocation d'un testament (sagt Dumoulin l. c.) détruit-elle la reconnaissance de dette qui y est contenue? La negative ne peut être douteuse. Le testament, proprement dit, se compose des disposisions de dernière volonté . . . Ces dispositions sont essentiellement révocables. Mais la reconnaissance d'une dette n'est pas un acte de liberalité, une disposition de volonté dernière; elle est la déclaration d'un fait, la preuve d'une obligation. Le fait déclaré veritable par un acte formel n'est sujet à aucune variation. Ainsi le testament revoqué est anéanti, en ce qu'il contient des dispositions de dernière volonté; mais il subsiste encore pour attester l'existence de la dette reconnue." Eben dieses sagt Pothier. (Traité des donat. test. chap. 6. s. 2, §. 3.)

Gericht aber (hochberühmt durch die Gerechtigkeit und Gründlichkeit seiner Aussprüche), vor welchem diese Sache einer der talentvollsten Sachwalter im Königreiche, der Herr Docter **Schwarz**, führen wird, (dessen Rechtfertigung der Appellation der Unterzeichnete, bey dem Schlusse dieser Abhandlung, noch nicht sah, und also nicht benutzen konnte), wird ihm dasjenige zusprechen, — hiervon ist ihm die Gerechtigkeit seiner Sache ein untrüglicher Bürge — was eine edle, ihn mit den gnädigsten Gesinnungen und dem uneingeschränktesten Zutrauen beehrende Fürstinn ihm zudachte, was er durch treue, mit dem glücklichsten Erfolge gekrönte, Dienste erwarb — und was ein Theil seines wohlerworbenen Eigenthums ist.

Celle, im Januar 1813.

Vor dem Appellationshofe zu Cassel redete für den damahligen Staatsrath von Strombeck der Hr. Doctor **Schwarz**, Procurator zu Einbeck, ein eben so vortrefflicher Rechtsgelehrter als Redner. Seine Rede in dieser Sache kann als musterhaft angesehen werden, und ich würde sie auch hier als Muster für angehende Rechtsgelehrte abdrucken lassen, wenn der mündliche Vortrag nicht wieder bey uns mit dem schriftlichen vertauscht wäre, der Inhalt der Rede aber, obgleich ganz originell und von der mitgetheilten Deduction abweichend, nicht nothwendig, und der Natur der Sache

nach, Vieles dem Leser bereits Bekanntes enthielte. Doch finde dieser vortreffliche Rechtsgelehrte hier nochmahl meinen innigsten Dank für seinen treuen, gänzlich uneigennützigen, Beystand.

Dieser hatte jedoch nicht den erwünschten Erfolg. Der Appellationshof erließ folgendes (hier nur im Auszuge mitzutheilendes)

Urtheil.

In fernerer Erwägung, die Hauptsache anlangend, daß

9) Appellant in seiner Klage, und hiernächst per integra acta, einen zwischen der weiland Frau Aebtissinn zu Gandersheim und ihm dahin, daß er auf deren Lebzeit in derselben Diensten verbleiben werde, sie dagegen ihm, nach ihrem Tode, auf seine Lebzeit, die eingeklagte Rente zugesichert, abgeschlossenen Vertrag behauptet;

10) ein solcher zweyseitiger, lästiger Vertrag, dessen Epoche, nach der bestimmten Angabe in iustificatione appellationis, in die Zeit vor der Gesetzkraft des C. N. fällt, sowohl nach dem ältern Rechte unstreitig, als selbst nach dem neuern, wenigstens mit der Wirkung einer vollkommenen Verbindlichkeit für Appellanten zum Schadensersatze, im Falle der Nichterfüllung (C. N. Art. 1142), für zu Recht beständig zu achten; eine gleiche Gültigkeit aber noch mehr in Absicht der nicht ad faciendum, sondern ad

dandum, verpflichteten Erblasserinn anzunehmen, wenn anders Appellant seine Zusage erfüllte, und nicht durch ein gegentheiliges Benehmen die Frau Mitcontrahentinn oder deren Erben zum Rücktritte berechtigte;

11) eine Nichterfüllung des Vertrags von Seiten des Klägers daher nicht inducirt werden mag, daß derselbe neben dem wirklich bis an den Tod der Frau Erblasserinn unbestritten fortgesetzten Dienste derselben, im königlichen, wie vorhin im Braunschweigschen, ein öffentliches Amt übernahm und bekleidete;

12) dem Kläger der Beweis seines Klaggrundes obliegt, jedoch durch die bisherigen inducta keinesweges geliefert; indem

13) insonderheit der §. 8. des Testaments vom 20sten Februar 1808 verbis: "dem Hofrath F. C. v. Str. „legire ich zeitlebens eine Leibrente von 1596 Rthlr. „Ich bemerke dabey, daß ich ihm diese lebenslängliche Leibrente bereits vor mehrern Jahren versprochen habe, und daß solche von ihm acceptirt ist;" wenn die eben extrahirte Bemerkung nicht ein bloßes Versprechen des unmittelbar zuvor bestimmten Legats andeutet, welches Versprechen, obwohl acceptirt, gleich seinem Gegenstande, für widerruflich zu achten, wenigstens keinen, am wenigsten vollständigen Beweis der angegebenen causae debendi, zur nothwendigen Beurtheilung der Natur des Vertrages, enthält; hiernächst aber es eine ganz unrichtige

Schlußfolge ist, daß, weil hier ein pactum in genere erwiesen, praesumtio legis aber contra donationem sey, ein pactum onerosum (welches aber?) anzunehmen, indem hierdurch vom Appellanten eine anderweite praesumtio, ohne Gesetz, statuirt wird, welche immer keinen Beweis ausmacht;

14) Das bey der Klage ferner inducirte Schreiben vom 20sten Juli 1803, wenn es, nebst dem nachfolgend zu erwähnenden Testamente, auf Verlangen des Klägers, nach dem Art. 2. des vorallegirten Testaments, zur Unterstützung der Gewißheit der Willensmeinung der Erblasserinn in den bestätigten oder extendirten, Puncten, benutzt wird *), zwar auch eines Versprechens, jedoch ohne den Zusatz einer Annahme, und bloß eines Legats, wörtlich gedenkt;

15) Der Art. 16. des im Fortlaufe der Verhandlungen erster Instanz beygebrachten Testaments vom 2ten Februar 1807, verbis: "den in meinen Diensten „stehenden Hofr. v. Str. sind, nach dem von mir ihm „gethanen Versprechen bey seiner Ueberkunft nach „Braunschweig von Gandersheim, 1500 Rthl. jährlich auszuzahlen;" der verschiedenen Summen nicht

---

*) Es lautet nämlich der 2te Art. des letzten Testaments der Höchstseel. Fürstinn dahin, daß alle diesem vorhergegangene Testamente aufgehoben seyn sollten, mit dem Zusatze: "Jedoch erkläre ich, daß sie zur Unterstützung der Gewißheit meiner Willensmeinung in den bestätigten oder extendirten Puncten dienen können."

zu gedenken, eben so wenig zum Beweise des behaupteten zweyseitigen onerösen Vertrages relevirt;

16) Der C. N. des Vermächtnisses einer Schuld (legatum debiti) nicht gedenkt, wenn man aber auch demselben mit dem römischen Rechte, L. 25. in fine D. de liberat. legat., noch die Wirkung beylegen wollte, daß der Legatar das Vermächtniß fordern könne, wenn gleich keine Schuld existirte, in sofern nur eine bestimmte Summe in der letzten Willens-Meinung angegeben: dennoch ein anderes Verhältniß eintritt, wenn ein solcher Legatar, wie Kläger nach seiner bestimmten Aeußerung, vom Anfange an bis zum jetzigem Zeitpuncte, mit Beseitigung des Legats, eine für sich vortheilhafter geglaubte Schuldklage anstellt; welchen Falls das Legat in §. 14. Inst. de legatis *)

---

*) Diese Stelle lautet: "E contrario, si debitor creditori suo quod debet legauerit: inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legauerit: vtile est legatum propter repraesentationem. Quod si viuo testatore dies venerit, vel conditio extiterit: Papinianus scripsit, vtile esse nihilominus legatum, quia semel constitit; quod et verum est. Non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam peruenerit a qua incipere non potest." Der Verfasser der Institutionen druckt im ersten Satze aus, was sich von selbst ver-

für unwirksam erklärt wird, wie, in jedem Falle, die der jetzigen Gesetzgebung gänzlich unbekannte General-Hypothek der Vermächtnisse wegfallen müßte; indeß es sich von selbst versteht, daß, nach abgewiesener Schuldklage, dem Kläger der Vortheil des Legats gänzlich verbleibe, L. 93. §. 1. D. de legat. III.; *)

17) Bey noch zur Zeit nicht geführtem Beweise gleichwohl dem Kläger, in Gefolge der Vorschrift des Art. 73. der Pr. Ord., die anderweitige Beweisführung, selbst durch Zeugen, da hier von einem vor den 1sten Januar 1808 geschlossen seyn sollenden Vertrage die Rede, nicht zu versagen ist, wodurch die erste Beweis-Alternative gerechtfertigt; . . . . . .

---

stand, daß der Legatar aus einem legato debiti, welches nichts Vortheilhafteres als das debitum des Erblassers enthält, keinen reellen Nutzen schöpfen könne. Ein solches Legat ist ihm inutile. Doch steht es dem Legatar frey, es als vtile anzunehmen, wenn er Nutzen aus ihm schöpfen zu können vermeinet.

*) " *Semproniae mulieri meae reddi iubeo ab heredibus meis centum aureos, quos mutuos accepe-ram.* Quaesitum est, si hanc pecuniam, vt debitam, Sempronia petens, victa sit, an fideicommissum peti possit? Respondit (Scaevola), secundum ea quae proponerentur, posse ex caussa fideicommissi peti quod aparuisset non fuisse ex alia causa debitum."

18) Die zweyte Beweis-Alternative einer Schenkung unter den Lebendigen, welche von dem Kläger nirgends behauptet, vielmehr derselbe nur euentualiter angenommen wissen wollen, nach dem schon in erster Instanz gemachten, in hac instantia erneuerten, und gemäß dem Art. 345. der Pr. Ord. bis zum Schlusse der Audienz zulässigen Antrage des Incident-Appellanten auf gänzliche Abweisung des Klägers, mit ausdrücklichem Widerspruche gegen alles weitere Beweisverfahren, reformatorie aufgehoben werden müssen; wobey Art. 365. ibid., welcher von neuen Rechtsgründen und Einreden spricht, und die Strafe der Ausschließung nicht ausdrückt, keinesweges obstirt;

19) ein pactum successorium vniuersale eine Schuldklage immer begründen kann, wenn aber ein dergleichen singulare unter der Herrschaft des ältern Rechts, nach der Meinung einiger Rechtslehrer (nur nicht wie Kläger in iustificatione appellationis sich ausdrückt, das, obwohl acceptirte, Versprechen, eine Sache zu legiren) als zu Rechtbeständig anzunehmen, dieser Klagegrund theils durch die inducta ebenfalls nicht bewiesen, theils, als erst in dieser Instanz aufgestellt, allhier keine Attention verdient;

20) Der ebenmäßig in dieser Instanz erst vorgebrachte Antrag auf ein legatum praecipuum ex Art. 927. des C. N., d. h. auf einen Vorzug vor andern Lega-

tarien, offenbar mit diesen letztern, wenn anders Kläger sich damit durchzukommen getrauet, in separato auszumachen ist. . . . . .

Erkennt

die erste Section des Appellationshofes zu Cassel für Recht:

Daß auf die Incident-Appellation das Urtheil des Tribunals zu Einbeck de publ. 20. Oct. 1812 dahin abzuändern, daß Kläger zu dem zweyten, ihm nachgelassenen Beweise nicht zu verstatten, im übrigen aber gedachtes Urtheil zu bestätigen . . . . .

(14ten Oct. 1813.)

Nach französischen und westphälischen Rechten bekommen die gerichtlichen Entscheidungen nur Wirksamkeit durch die Insinuation. Diese geschah an den Anwalt des Klägers erst am 20sten November 1813 von einem Huissier des Appellationshofes zu Cassel, also zu einer Zeit, wo, nach Maaßgabe der Hannöverschen Verordnung d. d. 2ten December 1813, diesem Gerichte und seinen Officianten bereits alle Wirksamkeit in solchen Sachen, die aus den Hannöverschen Staaten herrührten, genommen war (seit dem 4. Novemb. einschließlich). Für eine solche war aber diese Sache zu halten, da der Beklagte den Hannöverschen Gerichten unterworfen, und nur bey diesen zu belangen.

Der Kläger hat also kein ferneres Rechtsmittel gegen dieses Erkenntniß zur Hand genommen (welches er

sonst der hohen Achtung, welche er gegen jenes Gericht und den würdigen Staatsbeamten, unter dessen Leitung es so großen Ruhm erwarb, unbeschadet, gethan haben würde), auch den nachgelassenen Beweis nicht angetreten, obwohl solcher zu führen stand. Nachher nahm dieser Rechtsstreit von selbst ein Ende: es machten nämlich des jetzt regierenden Herrn Herzogs von Braunschweig Durchl. dem Kläger unter dem 16. May 1814 bekannt, daß Höchstdieselben sich zu dem Antritte der Erbschaft Ihrer Höchstseel. Frau Tante, im Nahmen Ihrer Herren Söhne, des Erbprinzen Carl Friedrich August Wilhelm und des Prinzen Carl Maximilian Friedrich Wilhelm Durchl. entschlossen hätten. Seit dieser Zeit ist sowohl dem Präsidenten v. Strombeck die ihm legirte Rente, als aller übrigen Legataren das Ihre, unverkürzt ausgezahlt.

II.

Testament. — Anerkennung einer Schuld. — Verstellung.

Was ist die Wirkung der in einem Testamente Statt gefundenen Anerkennung einer Schuld? *)

Die Frage: **Welche Wirkung durch die Anerkennung einer Schuld in einem Testamente entstehe?** — kann nicht im Allgemeinen beantwortet werden; vielmehr ist es nothwendig, sie in mehrere einzelne Fragen aufzulösen, welche wir eine nach der andern erörtern wollen.

Zuvörderst wollen wir in Betrachtung ziehen, wie die Anerkennung einer Schuld durch ein Testament, als eine versteckte Schenkung in sich fassend, annullirt werden könne.

Die Verstellung im juristischen Sinne (simulation) ist ein der Umgehung eines verbiethenden Gesetzes

*) Aus dem Französischen des Hrn. *Dumoulin* übersetzt. Bibliothoque du Barreau, T. V. No. II. u. III. oder 1812. février et mars. p. 154 seqq. Die Mittheilung dieser Abhandlung wurde durch die vorhergehende bestimmt, da sie mehrere in derselben berührten Puncte näher erläutert.

wegen angewandter Betrug. Indem man eine Handlung vornehmen will, welche das Gesetz mißbilligt, gibt man ihr die Form eines von ihm gebilligten Actes. So hat man oft, unter der Herrschaft der Gesetze vom 17ten Nivose des Jahres 2. und vom 4ten Germinal des Jahres 8., welche die Befugniß über sein Vermögen zu verfügen in sehr enge Grenzen einschränkten, Kaufcontracte gesehen, durch welche wahre Schenkungen versteckt wurden.

Wenn das Gesetz aber gar kein Verboth ausspricht, wenn es der Fähigkeit zu verfügen gar keine Fesseln anlegt, alsdann ist die Verstellung völlig unnütz. Die Handlungen, welche man alsdann vornimmt, wenn sie auch gleich einigen Schein von Verstellung an sich trügen, müssen ohne allen Widerspruch in Erfüllung gesetzt werden.

Aus diesen Grundsätzen werden wir zwei Folgerungen ziehen:

1) In dem Falle, wo eine Person völlig unfähig ist, etwas zu empfangen, ist die zu ihrem Vortheile geschehene Anerkennung einer Schuld für betrüglich zu achten, und muß also annullirt werden. Dieß ist die Folge des Grundsatzes: qui non potest donare, non potest confiteri. So hat, z. B., die zum Besten eines ehebrecherischen Kindes Statt gefundene Anerkennung einer Schuld gar keine Wirkung.

2) Wenn beide Theile wechselseitig fähig sind zu geben und zu empfangen, dann ist auch anzunehmen, daß die Anerkennung der Schuld auf eine gutgläubige Weise geschehen sey, und sie muß also für verbindlich geachtet werden.

Man macht hiergegen folgende Einwendung: Das Gesetz erkennet nur zwei Arten über sein Eigenthum unentgeltlich (à titre gratuit) zu verfügen: durch die Schenkung unter den Lebenden und durch ein Testament; also, wenn die Schuld nicht wirklich vorhanden wäre, so würde die Anerkennung derselben eine Freygebigkeit in sich fassen, diese Freygebigkeit aber würde nichtig seyn, da sie weder die Eigenschaft einer Schenkung, noch eines Testamentes besäße. Wir antworten hierauf, es ist unmöglich, anzunehmen, daß derjenige, welcher sein ganzes Vermögen verschenken konnte, einen Betrug habe begehen wollen, indem er anerkannte, eine gewisse Summe schuldig zu seyn; und daß also, wann er, Statt zu sagen: "ich schenke und vermache dem N. N. 10,000 Rthlr.", sagte: "ich bin ihm 10,000 Rthlr. schuldig", alsdann auch anzunehmen ist, daß er eine solche Schuld wirklich anzuerkennen gehabt habe. Es ist also in diesem Falle die allerstärkste Vermuthung vorhanden, welche bewirkt, daß man dafür halten muß, die Anerkennung sey wahrhaft und aufrichtig, und wodurch also jeder Verdacht einer Freygebigkeit entfernt wird.

In diesen zwei erörterten Fällen scheint die Auflösung der Fragen leicht zu seyn, die Schwierigkeit aber zuzunehmen, wenn man die Frage aufwirft, welches die Wirkung einer Schuld-Anerkennung von Seiten einer Person sey, welche nur einen bestimmten Theil ihres Vermögens weggeben kann?

Hier stellen sich drey Fälle dar:

1) die Geschenke und Legate haben denjenigen Theil des Vermögens, worüber Verfügungen erlaubt waren, gänzlich erschöpft: alsdann ist die Anerkennung der Schuld völlig nichtig, weil sie offenbar ein Mittel seyn würde, das Gesetz zu verletzen, welches der Verfügbarkeit über das Vermögen Gränzen gesetzt hat? *)

*) Diese Folgerung ist offenbar falsch, und selbst den Grundsätzen entgegen, die der Verfasser nachher über die fortdauernde Gültigkeit einer Schuld-Anerkennung in einem aufgerufenen Testamente aufstellt. Wenn jemand unter den Lebendigen Alles verschenkt hatte, worüber er verfügen konnte (Art. 913 ff. C. N.): so kann die Schuld-Anerkennung in einem Testamente freilich nicht mehr von Wirkung seyn, denn, da er nunmehr über nichts mehr disponiren kann, so ist auch diese Verfügung nichtig. Erschöpfte er aber in dem Testamente selbst durch Schenkungen und Legate sein verfügbares Vermögen und erkannte eine Schuld an: so geht nun mehr diese anerkannte Schuld allen Schenkungen und Legaten vor: quia bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno. Es kann, schon nach

2) Die Geschenke und der Betrag der anerkannten Schuld überschreiten nicht das verfügbare Vermögen: alsdann ist auch nicht an der Wirkung der Schuld-Anerkennung zu zweifeln.

3) Es bleibt nur ein Theil des verfügbaren Vermögens über, und der Betrag der Schuld-Anerkennung übersteigt diesen Theil. In diesem Falle entsteht die Frage: ob die Schuld-Anerkennung gänzlich nichtig sey? — Wir glauben dieses nicht, und wenden hier vielmehr den Rechtsgrundsatz: utile per inutile non vitiatur — an; ein Grundsatz der Mäßigung, welcher den Willen des Gesetzes und den Vortheil der Staatsbürger in Uebereinstimmung bringt. Wenn in einigen seltenen Fällen das Gesetz die Urkunden, welche es nur zum Theil verletzten, mit einer gänzlichen Nichtigkeit belegte, z. B. die Erwerbungs-Urkunden über Gefälle, die zum Theil aus dem Lehnwesen herrühren (redevances mélangées de féodalité): so würde es hierzu

---

der Natur der Sache, keinesweges eher an die Realisation von Freygebigkeiten gedacht werden, eher nicht die Erbschaftsverpflichtungen erfüllt sind. Die (wahrscheinlich nur unrichtig ausgedruckte Meinung des Verfassers, ist also allein in sofern wahr: daß die Schuld-Anerkennung nie den Notherben (im weitsten Sinne des Worts) zum Nachtheile gereichen darf.

durch besondere Umstände bewogen, welche nicht zur Folge gezogen werden können.

Ob nun aber gleich die Schuld-Anerkennung zum Besten eines Unfähigen nichtig ist: so bleibt diesem doch das Recht, die Wahrheit der Schuld zu beweisen. Kein Gesetz verbietet Rechtsgeschäfte unter solchen Personen, die von einander nichts geschenkt erhalten können; nichts steht im Wege, daß, z. B., ein Vater mit seinem aus einem Ehebruche erzeugten Kinde Handelsgeschäfte mache. Es ergeben sich jedoch in diesem Falle gegen die Anerkennungs-Urkunde so bedeutende Verdachtsgründe, daß die Richter den allervollständigsten Beweis zu fordern verpflichtet sind.

Kann in diesem Falle die Schuld-Anerkennung für den Anfang eines schriftlichen Beweises geachtet werden, und also dazu dienen, den Zeugenbeweis zuläßig zu machen? Wir glauben dieses nicht. — Zuvörderst würde die Beobachtung eines verbiethenden Gesetzes sehr unvollkommen gesichert seyn, wenn die Schuld-Anerkennung den Anfang eines schriftlichen Beweises bewirken könnte, und ferner, so muß eben der Verdachtsgrund, welcher macht, daß die Schuld-Anerkennung für nichtig erachtet wird, auch bewirken, daß sie nicht als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten könne. Was für ein Zutrauen kann eine Schrift den Gerichten einflößen, welche sich lediglich auf einen Betrug gründet?

Jetzt bleiben uns noch zwei Fragen zu untersuchen übrig?

1) Vernichtet die Aufrufung eines Testaments die in demselben enthaltene Schuld-Anerkennung? — Ein Testament, im eigentlichen Sinne, besteht aus Verfügungen des letzten Willens, aus Geschenken und Legaten, welche jemand von seinem Vermögen macht. Diese Verfügungen sind, ihrem Wesen nach, widerruflich. Hingegen die Anerkennung einer Schuld ist keine Handlung der Freygebigkeit: sie ist vielmehr die Erklärung einer Thatsache, der Beweis einer Verpflichtung. Die Thatsache, durch einen förmlichen Act für wahr anerkannt, kann einem Willenswechsel nicht mehr unterworfen seyn. Es ist also das aufgehobene Testament vernichtet, in sofern es Handlungen des letzten Willens in sich faßte; es besteht aber, um das Daseyn einer anerkannten Schuld zu bezeugen. Pothier handelt über diese Frage in seinem traité des donations test., Cap. 6. S. 2. §. 3. und beantwortet sie auf dieselbe Weise: "Man fragt, sagt er, ob die Anerkennung, welche ein Testirer dahin macht, daß er einer Person eine gewisse Summe schuldig sey, für widerruflich geachtet werden müsse? — In sofern sie den Beweis der Schuld enthält, ist sie nicht widerruflich; der Beweis dieses Anerkenntnisses bleibt bestehen, wenn gleich derselbe aufgerufen wurde, und entbindet den Gläubiger von der Nothwen-

digkeit andere Beweise seiner Forderung beyzubringen."

2) Wenn ein Testament wegen Mangel in seiner Form für nichtig erklärt wird, behält alsdann die darin enthaltene Schuld-Anerkennung ihre Wirkung? — Die Entscheidung der vorher aufgeworfenen Frage muß nothwendig auf die Beantwortung der gegenwärtigen ihren Einfluß äußern. Das Gesetz umgiebt die letztwilligen Verfügungen mit einer großen Menge von Formen, welche nothwendig beobachtet werden müssen; hingegen die Anerkennung einer Schuld bedarf gar keiner besondern Formen. Sie ist verbindlich, die Form, in welcher sie Statt hatte, mag seyn, welche sie wolle. Wenn die Testaments-Förmlichkeiten verletzt wurden: so können unstreitig die diesen unterworfenen letztwilligen Verfügungen, keine Erfüllung erhalten: aber die hieraus entspringende Nichtigkeit kann sich nicht auf die Anerkennung einer Schuld erstrecken, welche den testamentarischen Verfügungen völlig fremd erachtet werden muß. — Aber sagt man, etwas, das nichtig ist, kann keine Wirkung hervorbringen: quod nullum est, nullum producit effectum. Alles, was aus diesem Grundsatze folgt, ist, daß hier alle testamentarischen Verfügungen mit einer gänzlichen Nichtigkeit behaftet sind. Hingegen die Erklärung eines Thatumstandes, die Anerkennung einer Schuld, ist eine von dem Testamente verschiedene Handlung,

und daher von jenen Nichtigkeiten befreyt, wodurch die testamentarischen Verfügungen angegriffen werden.

Aber, sagt man, die durch ein nichtiges Testament Statt gefundene Aufrufung eines andern, hat keine Wirkung? — Worauf gründet sich dieser Umstand? — Darauf, daß der Art. 1035. C. N. zwei Arten der Testaments-Aufrufungen festsetzt: 1) durch eine Notariats-Urkunde, 2) durch ein späteres Testament; daß diese beiden Arten der Aufrufung von einander unabhängig sind; daß wenn man die eine oder andere Art anwendet, man nothwendig diejenigen Formen beobachten muß, welche ihr eigen sind; daß die Aufrufung eines Testaments selbst eine testamentarische Handlung ist, deren Nichtigkeit also nichts als eine natürliche Folge der Nichtigkeit des Testamentes ist, welches sie enthält. Also ist die gesetzliche Bestimmung, die uns entgegen gesetzt ward, nicht auf den Grundsatz: quod nullum est, nullum producit effectum, sondern auf besondere Bewegungsgründe gestützt, welche im vorliegenden Fall unanwendlich sind.

Zur Unterstützung unserer Meinung führen wir noch ein Erkenntniß des Parlaments zu Paris, vom 10ten Febr. 1638 an, welches Bardet Tom. II. tit. 7. cap. 13. mittheilt.

III.

Notariats-Ordnung. — Testamente. *)

Findet in Frankreich das Gesetz vom 25sten Ventose XI., die Organisation des Notariats enthaltend, und in Westphalen das königliche Decret vom 17ten Febr. 1809 über denselben Gegenstand, auch bey öffentlichen Testamenten und den Aufschrifts-Acten der mystischen Anwendung?

Es ist eine äußerst interessante Frage, und welche von den Französischen Gerichten keinesweges gleichförmig beantwortet worden:

Ob bey den öffentlichen und mystischen Testamenten, außer den Formen, welche das Gesetzbuch Napoleons zu ihrer Gültigkeit vorschreibt, auch noch diejenigen beobachtet werden müssen, welche die Notariats-Ordnung **),

*) Von transitorischem Interesse, nämlich in Betreff aller derjenigen Testamente, welche unter der Herrschaft der Französischen Gesetze gemacht wurden.

**) Das Gesetz vom 25. Ventose XI. — In Westphalen das k. Decret vom 17. Febr. 1809, wodurch das Notariatswesen organisirt wird.

in Beziehung auf die Notariats-Acte im Allgemeinen verordnet?

Mehrere Gerichte Frankreichs haben diese Frage fast aus denselben Gründen verneint, aus denen die Anwendung der Proceß-Ordnung in dem speciellen Ehescheidungs-Verfahren verneint werden muß: so entschied, z. B., der Appellationshof zu Nimes am 29ten April 1806:

"Der Appellationshof;

In Erwägung, daß das Gesetz vom 25. Ventose des J. XI. über die Organisation des Notariats auf die Testamente, in Hinsicht dessen, was ihre Form betrifft, keine Anwendung findet, indem diese Formen durch das bürgerliche Gesetzbuch vorgeschrieben, und in demselben mit der größten Umständlichkeit entwickelt sind; daß es also allein in diesem Gesetzbuche ist, wo man die Regeln suchen muß, welche in Hinsicht alles dessen, was Bezug auf die Errichtung der Testamente hat, beobachtet werden müssen;

In Erwägung, daß das bürgerliche Gesetzbuch, indem es von den Contracten redet, sich lediglich mit demjenigen beschäftigt, was zu ihrem Wesen gehört, hingegen von der Form, in welcher sie abgefaßt werden müssen, schweigt; daß also ein besonderes Gesetz nöthig war, welches die Form bestimmte, in welcher sie aufgenommen werden müssen, und daß diese Bestimmung der Gegenstand des Gesetzes vom 25ten Ventose des Jahres XI. ist; dahingegen das bürger-

liche Gesetzbuch, indem es alles verordnet, was so wohl zum Wesen als zu der Form der Testamente gehört, durch diese Vorschriften ein specielles Gesetz bildet, welches den Gegenstand ganz umfaßt, und welches keiner Ergänzung fähig ist;

In Erwägung, daß da das bürgerliche Gesetzbuch in keinem Artikel verordnet, daß der Unterschrift des Notars, am Ende des Testaments, Erwähnung geschehe, auch die Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeit, die Nichtigkeit des Testaments nicht zu bewirken vermag, und noch weniger alsdann, wenn, wie im gegenwärtigen Testamente der Fall ist, sich diese Erwähnung im Anfange des Actes befindet:

Erkennt, daß wohlgeurtheilt u. s. w." *).

Mehrere gleiche Entscheidungen finden sich in den Sammlungen der Rechtssprüche französischer Gerichte verzeichnet **).

Dessen ungeachtet muß man diese Jurisprudenz, als auf irrige Grundsätze gebauet ansehen.

Bey dem ersten Blicke, den man auf die Vorschriften des C. N., in Hinsicht der von den Notaren zu beobachtenden Formen bey der Aufnahme der Testamente und Aufschrifts-Acte, wirft, sieht man es ihnen an, daß sie der Gesetzgeber als specielle Vor-

---

*) Jurisprudence du C. C. T. VII. p. 422.

**) Jurisprudence du C. N. T. IX. p. 319 seq., T. XI. p. 153 seq., T. XII. p. 338. T. XIV. p. 120.

schriften betrachtet wissen wollte, welche ihre Vervollständigung aus generellen Gesetzen zu erhalten hätten. Was sollte man sonst dazu sagen, daß er die wesentlichste aller Formen, das Datiren des Acts, vorzuschreiben vergessen hätte; denn eine Vorschrift, welche dem Notar dieses zur Pflicht machte, findet sich in der That in dem C. N. weder da, wo von den Formen des öffentlichen, noch da, wo von denen des Aufschrifts-Acts eines mystischen Testaments die Rede ist? — Und wollte man wohl ein Testament oder einen Subscriptionsact für gültig anerkennen, in welchem diese wesentlichste aller Förmlichkeiten versäumt wäre?

Eben so wenig sagt der C. N., daß der Notar das Testament unterzeichnen, und in demselben den Ort seiner Residenz nahmhaft machen müsse; daß zwey Notare, welche sehr nahe Verwandte sind, nicht gemeinschaftlich bey der Aufnahme eines Testaments wirken können, und daß dieses keine Lücken, Ueberschriften und Rasuren enthalten dürfe; und wer wird die Beobachtung dieser Formen nicht für im höchsten Grade wesentlich erachten? —

Ueberdem ist es gewiß, daß, als im Tribunate über diejenigen Artikel des C. N. verhandelt wurde, welche die Formen der Testamente betreffen, allgemein anerkannt ward, es sey überflüssig, auf das Gesetz vom 25ten Ventose XI. über das Natariat zurückzuweisen, weil die Vorschriften des Gesetzbuches in die-

T. XI.

ser Materie einen natürlichen Bezug auf dasjenige Gesetz hätten, welches die allgemeinen Vorschriften für dieselbe enthielte *).

Diese Gründe, welche sehr dadurch unterstützt werden, daß auch Maleville, einer der Redactoren des bürgerlichen Gesetzbuchs, nicht daran zu zweifeln scheint, daß die Vorschriften desselben, in Hinsicht der von den Notaren zu beobachtenden Testaments-Formen, aus dem organischen Gesetze über das Notariat ergänzt werden müssen **), waren denn auch unstreitig die Ur-

---

*) "Au surplus (sagt Merlin, Répert. T. XII. p. 708.) je tiens de plusieurs extribuns, que la question a été agitée dans la discussion qui a eu lieu au tribunat . . . ; et qu'il a été unanimement reconnu qu'il étoit inutile d'y renouveller les dispositions de la loi du 25. ventose précedent, parceque ces dispositions s'y reportoient naturellement et de plein droit."

**) Maleville, ad art. 976. "Le clerc du notaire peut-il servir de temoin dans l'acte de suscription? Notre article ne le défend pas. Et l'art. 975. n'exclut le temoignage de ces clercs que dans les testamens publics.... Cependant, d'un autre côté, on peut dire que la loi sur le notariat exclut positivement les temoignages des clercs dans tous les actes reçus par les notaires chez lesquelles ils travaillent. Elle n'excepte point, de sa disposition, les testaments mystiques, et comme nôtre article se tait seulement à cet egard, il est bien plus naturel de s'en tenir à une dis-

sache, daß selbst ehe der Cassationshof Gelegenheit hatte, seine Meinung über diese Materie zu eröffnen, mehrere Appellationshöfe der zuletzt bemerkten Meinung huldigten *).

So erkannte, z. B. der Appellationshof zu Aix am 22. Juni 1809 **):

"In Erwägung, daß die Gerechtigkeit der zweyten Beschwerde von der Beantwortung der Frage abhängt, ob das Gesetz vom 25. Ventose XI. über das Notariat eine Anwendung auf die von Notaren aufgenommenen Testamente leide;

In Erwägung, daß die mündlichen Testamente (testaments nuncupatifs) unter die öffentlichen Acte gezählt werden müssen (Art. 971. C. N.), und daß sie daher auch den allen öffentlichen Acten gemeinschaftlichen Formen unterworfen sind;

Daß, da der Titel des C. N. von den Testamenten später als das Gesetz über das Notariat decretirt ist, der Gesetzgeber auch offenbar Bezug auf dieses Gesetz, in Hinsicht der Formen der Testamente, genommen hat, da diese allen öffentlichen Acten gemeinschaftlich sind;

---

position expresse, qu'à un simple argument, pris de ce que l'art. 975. s'est seulement expliqué sur les testamens publics . . ."

*) *Birnbaum*, jurispr. de la cour imp. de Trèves, T. I. p. 233 seqq.

**) Jurisprudence du C. N. T. XIII. p. 437.

Daß er allein um den Testamenten eine größere Feyerlichkeit zuzusichern, besondere Förmlichkeiten für diese schuf, ohne sie von den allgemeinen Regeln zu befreyen;

Daß man, z. B., in den Vorschriften des C. N. nicht findet, daß das von zwey Notaren aufgenommene Testament datirt seyn müsse, während diese Förmlichkeit in dem Art. 970. ausdrücklich für das olographische Testament vorgeschrieben wurde;

In Erwägung, daß eine solche Auslassung zu auffallend ist, um nicht anzuzeigen, daß der Gesetzgeber auf das schon vorhandene Gesetz vom 25. Ventose habe Bezug nehmen wollen;

Daß, als er durch eine völlig neue und vollständige Verordnung in einer Materie, wie z. B. der der Urkunden des Personenstandes, verfügte, er in dem Art. 34. nicht versäumte, die Bemerkung des Datums zu verlangen, dahingegen er in der Materie von den Testamenten, in sofern sie als öffentliche Acte anzusehen sind, welche bereits den Formen unterworfen, die überhaupt für die Notariats-Acte erfordert werden, er davon nicht weiter redete, indem ein Gesetz schon darüber verordnet hatte;

In Erwägung, daß eben dieses in Hinsicht der Rückweisungen (renvois) und Randschriften (apostilles) der Fall ist, deren Form ebenfalls durch den Artikel 42. für die Urkunden des Personenstandes festgesetzt wurde, während das Gesetzbuch bey den Testamen-

ten davon völlig schweigt, indem ein allgemeines Gesetz darüber bereits Verordnungen enthielt;

In Erwägung, daß das Gesetzbuch eben so wenig ausdruckt, daß ein von einem Notare aufgenommenes Testament von demselben unterzeichnet werden müsse, während es seine Unterzeichnung, durch den Art. 976, für den Aufschriftsact des mystischen Testaments verlangt, und daß der Art. 998. ebenfalls ausdruckt, daß die Testamente der Militär-Personen, die, welche auf dem Meere oder zu einer Pestzeit aufgenommen werden, von denen, welche sie aufnahmen, unterzeichnet seyn müssen; und daß also, wenn die Unterschrift des Notars am Ende eines von ihm aufgenommenen Testamentes fehlen sollte, dann entweder dessen Nichtigkeit auf den Grund des Gesetzes vom 25. Ventose ausgesprochen werden, oder geurtheilt werden müßte, daß ein solches Testament nach den Verordnungen des C. N. gültig sey;

In Erwägung, daß wenn der Art. 973. von der Unterschrift des Testators redete, dieses nur deshalb geschah, um nachher die den Testamenten besondere Disposition herbeyzuführen, daß im Fall der Testator weder unterzeichnen könne, noch es verstehe, denn seine hierauf Bezug habende Erklärung, und die Ursache, welche ihn zu unterzeichnen hindert, besonders erwähnt werde; eben so redet der folgende Artikel nur deshalb von den Unterschrift der Zeugen, um

auf dem Lande die Hälfte von der Verpflichtung hierzu auszunehmen;

In Erwägung, daß man daraus nicht folgern kann, daß die Verordnungen des Gesetzes vom 25ten Ventose den von Notaren aufgenommenen Testamenten fremd seyen, daß diese Verordnungen nicht unter der Modification der Nichtigkeit *), welche der 68. Art. dieses Gesetzes ausspricht, begriffen seyn könnten; indem von der einen Seite, die Testamente stets für Acte von einer noch strengern Förmlichkeit, als die übrigen öffentlichen Acte, angesehen wurden, und da, auf der andern Seite, das Princip der Nichtigkeit noch unabänderlicher ist, wenn eine Ausnahme darauf nicht angewendet werden kann;

Daß also, die für die gewöhnlichen Acte zugelassene Ausnahme, daß, wenn sie mit der Unterschrift der contrahirenden Theile versehen waren, sie als Privaturkunden gelten, wenn solches in ihrer öffentlichen Eigenschaft nicht der Fall ist, die Anwendung dieses

---

*) Art. 68. des Gesetzes d. d. 15. nivose XI. "Tout acte fait en contraversion aux dispositions contenues aux art. 6..... est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature des toutes les parties, et lorsque l'acte sera revêtu de la signature des toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privé. . . . ." Eine ähnliche Vorschrift findet sich in dem Art. 101. der westphäl. Notariats-Ordnung.

Gesetzes auf die Förmlichkeiten der Testamente, nicht verhindert;

In Erwägung, daß nach dem 14. Art. jenes Gesetzes, der Notar am Ende des Acts seiner Unterschrift erwähnen muß, und daß die Versäumung dieser Förmlichkeit die Nichtigkeit des Actes, nach Maaßgabe des Art. 68. nach sich zieht;

In Erwägung, daß diese Erwähnung der Unterschrift um so nothwendiger ist, da dadurch der Act beschlossen, und beurkundet wird, daß alles in einer Folge vollendet sey;

In Erwägung, daß die Unterschrift selbst nichts als eine materielle Handlung ist, welche keinesweges beweiset, wann sie hinzugefügt wurde, ob den Tag selbst, da der Act aufgenommen ward, oder an einem andern, und daß es gefährlich seyn würde, es der Willkühr des Notars zu überlassen, erst späterhin das aufgenommene Testament unterzeichnen zu können;

In Erwägung, daß in vorliegendem Falle der Notar, welcher das in Frage stehende Testament aufnahm, am Ende des Acts der von ihm vorgenommenen Unterzeichnung desselben nicht erwähnt hat, daher denn auch das Erkenntniß, wodurch das Testament für nichtig erklärt ward, bestätigt werden muß:

Verordnet der Appellationshof, daß das vorige Erkenntniß in seiner Wirksamkeit bestehen bleibe."

Die in diesem Erkenntnisse aufgeführten Gründe sind zu überzeugend, als daß man eine entgegengesetzte

Jurisprudenz nicht für falsch halten müßte, welche überdem zu gefährlich war, als daß die Staatsbehörde ihr Fortdauern ruhig hätte ansehen können. Als daher der Appellationshof zu Riom, am 17. November 1808, ein auf jene zuerst angeführten Grundsätze gebautes Erkenntniß abgab, und die Parteien sich dabey beruhigten: so erhob dagegen der Graf Merlin, General-Procurator am Cassationshofe, die Stimme, und forderte in einem Requisitoire, vom 20ten Jul. 1809 *), dessen Cassation zum Vortheile des Gesetzes, welche auch, jedoch erst mehr als ein Jahr nachher, nemlich am 1ten October 1810, durch folgendes Erkenntniß erfolgte **).

Urtheil des französischen Cassationshofes.

Der Cassationshof,

Nach Ansicht der Artikel 14 und 68. des Gesetzes vom 25. Ventose des Jahres XI. über das Notariat;

In Erwägung, daß dieses Gesetz ein allgemeines Gesetz ist, welches sich über alle Notariats-Acte erstrecket; daß die öffentlichen Testamente Notariats-Acte sind, so wie dieses aus den Art. 969 und 971. des C. N. erhellet; daß also die Vorschriften des Gesetzes vom

---

*) Ausführlich mitgetheilt im Repertoire universel, T. XIII. p. 615.

**) Diese Entscheidung befindet sich noch nicht im Repertoire univ., jedoch ist sie bereits im 15ten Bande der Jurisprud. du C. N. p. 382. abgedruckt.

25. Ventose XI. eben so gut auf die Testamente, als auf andere Notariats-Acte anwendbar sind; daß man daraus keine entgegengesetzte Folge zu ziehen vermag, daß der Art. 68. jenes Gesetzes vorschreibt, daß ein Notariats-Act, wenn er, wegen ermangelnder Förmlichkeiten, nicht als ein solcher gelten kann, doch, wenn er mit der Unterschrift aller contrahirenden Theile versehen ist, als eine Privat-Urkunde gültig seyn soll; daß nur soviel hieraus folgt, daß diese Vorschrift sich allein auf Contracte bezieht, und auf ihren Gegenstand eingeschränkt werden muß; daß, wenn der C. N. für die öffentlichen Testamente besondere Formen anordnete, er lediglich im Allgemeinen die Absicht hatte, diese mit mehrern Feyerlichkeiten zu umgeben; daß also, weit davon entfernt, diejenigen Förmlichkeiten abzuschaffen, welche durch das Gesetz vom 25. Ventose XI. für Notariats-Urkunden verordnet wurden, er vielmehr deren strengste Beobachtung in allen denjenigen Puncten beabsichtigte, in Hinsicht welcher er nicht bestimmt seinen entgegengesetzten Willen erklärte; daß, wenn man hierunter eine andere Theorie annehmen wollte, die größten Inconvenienzen daraus entstehen würden, welchen vorzubeugen, der C. N. nicht verabsäumt haben würde; daß nach den Art. 12 und 68. des Gesetzes vom 25. Ventose XI., die Notariats-Instrumente die Wohnungen der hinzugezogenen Zeugen, bey Strafe der Nichtigkeit, andeuten müssen; daß also eben dieses bey den öffentlichen Testamenten beobachtet werden muß;

daß der Art. 980. C. N. keinesweges diese Form abschafft, indem er fordert, daß die Testaments-Zeugen Unterthanen des Kaisers seyen; daß diese zwey Bedingungen von einander verschieden sind, und daß die Erfüllung der erstern für so nothwendiger gehalten werden muß, da ohne Anzeige der Wohnung der Zeugen es öfter unmöglich fallen dürfte, in Gewißheit zu setzen, ob sie auch die erforderlichen Eigenschaften in sich vereinigen; daß also der Appellationshof zu Brüssel, indem er urtheilte, daß das in Frage stehende öffentliche Testament gültig sey, obgleich die Wohnungen der Zeugen darin nicht ausgedruckt sind, die Art. 12 und 68. des Gesetzes vom 25. Ventose XI. übertreten hat *):

Cassirt u. s. w.

Civil-Section.

H. Graf Muraire, Präsident; H. Cassaigne, Referent.

Wenn es nach dieser Jurisprudenz gewiß ist, daß das Gesetz vom 25sten Ventose XI. auch bey den öffentlichen Testamenten und Subscriptions-Acten in

---

*) Duchr diese Jurisprudenz erledigt sich auch die sonst sehr gegründete Bemerkung des Hrn. von Eggers, in den Bemerkungen zum C. N., S. 105. "daß es nicht überflüssig seyn möchte, zu verfügen, daß nicht nur der Notar, sondern auch die Zeugen in dem Testamente ausdrücklich benannt würden, mit Bezeichnung ihres Amts, Gewerbes und bürgerlichen Lage.".

Frankreich anzuwenden *): ist es dann ebenmäßig gewiß, daß dieses in Hinsicht der durch das königl. Decret vom 17ten Februar 1809 publicirten Notariats-Ordnung der Fall sey?

Es kann dieses keinem Zweifel unterworfen seyn, denn wenn gleich diese dem Gesetzbuche Napoleons folgte, so wie ihm jenes Gesetz vorherging; so bleiben, dessen ungeachtet, die Gründe die nemlichen. In Frankreich bezieht sich der C. N. auf ein bereits vorher existirendes Gesetz, zu welchem er neue Förmlichkeiten, für die Testamente, hinzusetzte: in Westphalen wurden die auffallenden Lücken jenes Gesetzbuches durch ein späteres Gesetz ergänzt. Ja, es mußte in diesem letzten Reiche noch weniger bedenklich erscheinen, daß die Notariats-Ordnung bey Testamenten ebenfalls zur Anwendung komme, da es schon eine natürliche Eigenschaft späterer Gesetze ist, frühere zu vervollständigen, wenn in solchen Lücken angetroffen werden.

Nur der Unterschied ist allerdings zwischen der französischen und westphälischen Legislation zu beobachten, daß in dem königlichen Decrete vom 17. Februar 1809 nicht alle Versehen, welche in dem Art. 68. des Gesetzes vom 25sten Ventose XI. mit der Nichtigkeit bestraft sind, mit dieser Strafe belegt werden. Man braucht, um sich hiervon zu überzeugen, nur den

*) Die Wirkung dieser Cassation zum Besten des Gesetzes ist bereits merklich geworden. Vergl. *Sirey*, T. XII. 1812. Cah. I. part. 2. p. 18.

Art. 101. mit dem angeführten Art. 68. des französischen Gesetzes zu vergleichen, so wie denn auch, z. B., in dem Art. 12. des franz. Gesetzes die Versäumung der Anzeige der Wohnung der Instruments-Zeugen mit der Nichtigkeit der Urkunde, in dem Art. 63. der westphäl. Notariats-Ordnung aber nur mit einer Strafe von 100 Franken belegt ist.

Auch in dem in der Abhandlung LXVIII. meiner Rechtswissenschaft des Gesetzb. N. erzählten Rechtsfalle, kam die Beantwortung der gegenwärtig beantworteten Frage zur Sprache: da jedoch die, dem Notar vorgeworfene Versäumung nur darin bestand, daß er den Testator nicht mit seinen sämmtlichen Vornahmen, sondern nur mit einem bezeichnet, und auch sein Gewerbe (Oeconomie) nicht ausgedruckt hatte, diese Versäumung, wenn sie auch gegründet gewesen seyn sollte, jedoch nicht die Nichtigkeit des Acts, sondern nur, nach dem Art. 63 der westphälischen Notariats-Ordnung, eine Strafe von 100 Franken für den Notar zur Folge gehabt haben würde; so konnte das Gericht den gemachten Vorwurf füglich unerörtert lassen.

IV.

Erbfolge der Ehegatten. — Statutarische Portion. — Dotalverhältnisse. *)

Kann ein Ehegatte, welchem nach den Gesetzen, unter denen er heirathete, eine statutarische Portion zukam, dieselbe dann noch in Anspruch nehmen, wenn der Tod diese Ehe unter neuen, veränderten Gesetzen trennte?

Kann er es auch selbst dann, wenn ihm durch die Local-Statuten nur ein widerrufliches Erbrecht an dem Nachlasse des zuerst verstorbenen Ehegatten zugebilligt war?

Werden die Dotalverhältnisse der Ehegatten nach den Gesetzen über diese Verhältnisse, unter welchen die Ehe eingegangen ist; oder nach denen, welche zur Zeit des zu beurtheilenden Geschäftes galten, bestimmt?

Wenn nach den römischen Gesetzen eine Witwe nur dann Anspruch auf einen Theil des Nachlasses ihres

---

*) Von dauernd practischem Interesse für jedes Land in welchem die Successions-Gesetze Veränderung erlitten; für andere von transitorischem Interesse.

verstorbenen Ehegatten machen durfte, wenn sie in äußerster Armuth lebte (in novissima inopia) *): so waren die deutschen Rechte, und die aus ihnen geflossenen französischen Gewohnheiten (coutumes) hierin größtentheils menschlicher; achtend, daß, gleichwie die gesetzliche Erbfolge auf den muthmaßlichen Willen des Verstorbenen gegründet, also könne man auch unmöglich dafür halten, daß es eines Ehegatten Wille zu seyn vermöge, dem zurückbleibenden Genossen seines Lebens nur dann von dem Vermögen, welches beide als ein gemeinschaftliches anzusehen gewohnt waren, etwas auszuwerfen, wenn drückende Noth dieses erforderlich mache; sondern man müsse vielmehr annehmen, die Meinung des Verstorbenen sey gewesen, dem Zurückgebliebenen für den Rest seiner Tage ein so viel als möglich angenehmes Daseyn zu sichern.

Auf diese Grundsätze der natürlichen Billigkeit, welche so sehr in den Gewohnheitsrechten unserer redlichen Vorfahren vorherrschend erscheint, war die Bestimmung des statutarischen Theiles (portio statutaria) gegründet, der, auf eine außerordentlich mannichfache Weise, dem überlebenden Ehegatten im All-

---

*) Novell. 53. cap. 6., Novell. 117. cap. 5. Autn. Praeterea C. Unde vir et uxor. Vergl. v. Bülow und Hagemann, Erörter. Th. IV. S. 311.

gemeinen, oder doch der überbleibenden Ehefrau, durch Gesetze oder Gewohnheiten zugebilligt war *).

Auch dadurch unterschieden sich die Bestimmungen der statutarischen Portionen (und zwar auf eine äußerst wesentliche Weise), daß wenn die meisten unabänderliche Normen darbothen, und also diese Portion als einen wahren Pflichttheil darstellten, welchen ein Ehegatte dem andern durch ein Testament, oder sonstige einseitige Verfügung, zu schmählern, oder gar zu entziehen, nicht berechtigt war **); es auch Rechte gab, welche dem Ehegatten diese Befugniß ausdrücklich einräumten, so, daß also der Ueberlebende lediglich dann Ansprüche auf den statutarischen Theil machen konnte, wenn ihm derselbe durch kein Testament, oder eine andere rechtsbeständige Verfügung, entzogen worden ***).

---

*) Vergl. *Selchow*, elementa juris germ. §. 358. (749) seq. u. die daselbst angeführten Schriftsteller. Runde, deutsches Privatrecht, §. 688. ff., und, was Frankreich betrifft, *Merlin*, répert., S. v. Gains nuptiaux et de survie.

**) Vergl. Runde a. a. O. §. 689. und die in den Noten angeführten Schriftsteller.

***) Vergl. *Pufendorff*, Observ. T. I. Obs. 86., wie denn überhaupt in mehrern Observationen dieses berühmten Autors die vaterländischen Rechte über diesen Gegenstand gesammelt und erörtert sind. S. das Register der Observationen, s. v. Successio conjugum.

In den Ländern, in welchen das Gesetzbuch Napoleons seine Herrschaft ausübt *), existiren diese Statuten und Gewohnheitsrechte nicht mehr, sie sind vielmehr in dem Strudel der Zeiten jetzt untergegangen, und der überlebende Ehegatte ist wieder, sicherte ihm kein Vertrag seinen künftigen Unterhalt, selbst den entferntesten erbfähigen Verwandten in der Erbfolge (auf eine widernatürliche Weise) nachgesetzt **), welche keine Verpflichtung haben, ihm Lebensunterhalt, sondern, wenn die Frau die Ueberlebende war, nur die Mittel darzureichen, daß der Verstorbene auf eine anständige Art betrauert werden könne ***). Eine harte Gesetzgebung, die ich zu billigen nicht vermag: denn der muthmaaßliche Wille des Verstorbenen, den er, durch den Tod übereilt, auszudrucken vielleicht verhindert wurde, war unstreitig eher dahin gerichtet, daß sein zurückbleibender Lebensgenosse standesmäßig leben, als ihn standesmäßig betrauern könne ****).

*) Diese Abhandlungen sind von dem Verfasser sämmtlich geschrieben, als er den Posten eines Appellationshofs-Präsidenten zur Zeit der westphälischen Verfassung ausübte, und also nach Maaßgabe der damahligen Zeit abgefaßt. Der vernünftige Leser wird keine gänzliche Umschmelzung fordern. Es wird dieß, bereits in der Vorrede Gesagte, hier zum Ueberflusse wiederhohlt.

**) Art. 767. C. N.

***) Art. 1481. C. N.

****) Auffallend muß allerdings diese Gesetzgebung erscheinen, wenn man in Erwägung zieht, daß in den

So gewiß es nun ist, daß der Anfall einer Erbschaft nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden müsse,

---

Verhandlungen über den C.N., selbst bey der gegenwärtigen Materie, öfter der Grundsatz aufgestellt wurde, daß die gesetzliche Erbfolge auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers begründet seyn müsse. Procès-verbaux du conseil d'Etat, T. II. p. 165. "Le Cit. *Berlier* observe que le système de successibilité repose en général sur l'affection présumée du défunt, jointe au bien de famille. A defaut de parens successibles, il est fort juste de déférer la succession à l'époux, qui a pour soi la présomtion légale d'une juste affection; ..." Wer kann aber daran zweifeln, daß dem sterbenden Ehegatten der hinterlassene in der Regel, näher am Herzen liege, als ein im zwölften Grade verwandter Vetter? — Nur die in Frankreich allgemein herrschende Gewohnheit, Ehestiftungen zu machen, kann diese Gesetzgebung entschuldigen. — Wie aber, wenn der überlebende Ehegatte so dürftig ist, daß er ohne Unterstützung aus dem Vermögen des Verstorbenen nicht standesmäßig leben kann, ja vielleicht sogar Hungers zu sterben befürchten muß? Auch diese Materie wurde in den Verhandlungen über das Erbfolgerecht des überlebenden Ehegatten berührt. Procès-verbaux, T. VI. p. 266. "Le C. *Maleville* observe qu'on a omis dans ce chapitre une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant, lorsqu'il étoit

welche zu der Zeit der eröffneten Erbschaft gültig waren; denn vor diesem Zeitpuncte hatte der Erbe noch

---

pauvre, et qu'il ne recuilloit pas la succession. Le C. *Treilhard* répond que par l'art. LV, on lui accorde l'usufruit d'un tiers de biens."

Dieser Art. LV. des Projects lautete aber wörtlich als jetzt der Art. 768. des C. N. lautet, und war daher keine Spur von dem darin enthalten, welches H. Treilhard darin fand. Offenbar begründete sich also diese Angabe auf einen Irrthum, welcher jedoch die schädliche Folge hatte, daß man diesen wichtigen Punct unentschieden ließ. Mit Recht nimmt jedoch Maleville, in der Analyse, ad art. 767. C. N., an, daß des Stillschweigens des Gesetzes ungeachtet, die Billigkeit, und die Ehre der Ehe, den Richter hinlänglich bevollmächtigten, in dieser Materie die alte Jurisprudenz (also auch die römische Legislation, in sofern nur von einem Nießbrauch der Portion die Rede ist) anzuwenden, indem der C. N. lediglich über das Eigenthum des Nachlasses entscheide.

Ich bin sehr dieser Meinung, da es ein öffentliches Aergerniß seyn würde, eine Witwe verhungern zu lassen, während ein entfernter Verwandter ihres Ehemannes dessen Reichthümer, die sie bisher mit benutzte, zu sich nähme; halte jedoch dafür, daß diese Materie sich sehr dazu eignet, durch ein ergänzendes Gesetz genaue Bestimmungen zu empfangen, denn in der That ist es doch viel von dem Richter verlangt, wenn er nicht nur die Gesetze erklären, sondern auch ihre Lücken ergänzen soll! Ein Fehler, dessen sich die neuen Gesetzgeber vielfältig zu Schulden kommen las-

gar kein Recht, und kann daher auch von keinem Verluste desselben die Rede seyn *): eben so zweifelhaft

---

sen. Uebrigens zeigt die Verhandlung über die gegenwärtige Materie (welches ich beyläufig, und als Ergänzung zu der Abhandlung X. des 1sten Theils meiner Rechtsw. sage), daß man die bösliche Verlassung (abandon), unter Umständen, für eine Ehescheidungs-Ursache hielt; denn, als man darauf antrug, daß ein Ehegatte, welcher den andern verlassen hätte, diesen nicht beerben solle, so antwortete *Tronchet*: "... le simple abandon ne doit par produire une exception qui seroit une source féconde de procès, et qui ne favoriseroit que le fisc. *L'abandon est d'ailleurs une cause de divorce.*" Eben so bezeugt auch *Maleville*, ad art. 767. C. N.: "Il fut convenu que l'abandon étant une cause de divorce, ne devoit pas exclure de la succession, si l'époux abandonné n'avoit par intenté l'action à ce sujet de son vivant." Diese Verhandlung hatte aber nach der über die Ehescheidungs-Ursachen statt, welche also den Redactoren des Gesetzbuches wohl bekannt seyn mußten. Es bestärkt mich diese Bemerkung in meiner, in der Abhandl. X. geäußerten, auch von Grolmann, in dem ausführlichen Handbuche, Thl. III. S. 92, angenommenen Meinung.

*) Glück, Erörterung der Lehre von der Intestat-Erbfolge. (Erlangen 1803) S. 57; *Chabot*, quest. transitoires, T. I. p. 379; Publications-Patent des Preuß. Landrechts, §. 13., und des Badenschen Landrechts, §. 10; Weber, über die rückwirkende Kraft

kann es scheinen: Ob ein Ehegatte, welchem, nach den Gesetzen, unter denen er in die Ehe trat, eine statutarische Portion zukam, dieselbe auch dann noch in Anspruch nehmen könne, wenn der Tod diese Ehe erst unter den neuen Gesetzen trennte.

Aus folgenden Gründen hat man in der französischen Jurisprudenz diese Frage verneinen wollen *).

Es litte keinen Zweifel, daß dem Gesetzgeber das Recht zustehe, die dinglichen und persönlichen Statute (statuts réels et personels), welche bisher bestanden, nach seinem Willen, abzuändern. Es hätten dergleichen Veränderungen in den Statuten Statt, ohne daß man sagen könne, das neue Gesetz lege sich eine rückwirkende Kraft bey, so bald es nur diejenigen Rechte aufrecht erhalte, welche unter der bisherigen Gesetzgebung erworben seyen; dahingegen ihm freystehe, solche Rechte abzuändern, welche man keinesweges erworben nennen könne, sondern die nur

---

der G. G. S. 96. Auf diesen Grundsätzen beruhet das practische Interesse der gegenwärtigen Abhandl. für die jetzigen Zeiten, da Deutschland unter seine alten Rechte zurückkehrte, und zwar besonders für die transrhenanischen, so lange mit Frankreich vereint gewesenen Provinzen des gemeinsamen deutschen Vaterlandes.

*) *Chabot* (de l'Allier) Questions transitoires. T. I. p. 329.

in Erwartungen und Hoffnungen beſtänden, welche, ihrer Natur nach, ſteten Veränderungen unterworfen.

Sofern alſo die Rechte der Ehegatten aus den Statuten, (auch dann, wenn ſie ohne beſondere Stipulation wirkſam wurden) für die Ehegatten wirklich erworben ſeyen, leide es keinen Zweifel, daß dieſe erworbenen Rechte durch den C. N. nicht vernichtet wurden, wenn dieſes gleich, in Hinſicht der Statuten ſelbſt der Fall wäre. In ſofern aber noch kein erworbenes Recht vorhanden, könne auch von keiner Beybehaltung deſſelben, nachdem der C. N. ein neues Recht eingeführt, die Rede ſeyn.

Wenn man nur die Natur der Vortheile unterſuche, welche ein Ehegatte aus dem Vermögen des andern nach deſſen Tode empfängt, ſo müſſe man überzeugt werden, daß dieſe Vortheile, bis zum Tode des zuerſt verſterbenden Gatten, lediglich in Erwartungen beſtänden. In Hinſicht ihrer Verwirklichung ſeyen ſie nämlich ſtets von dem frühern Tode des einen der Ehegatten, und in Hinſicht der Bedeutſamkeit der nachgelaſſenen Vortheile, von der Größe des Vermögens des Zuerſtſterbenden abhängig geweſen: — wer dem Ueberlebenden denn für beides Gewähr geleiſtet habe?

So ſey, z. B., auch die Ehe ehedem für unauflöſslich geachtet, das Geſetz habe Eheſcheidungen eingeführt: wolle man nun behaupten, die vor dieſer Geſetzgebung geſchloſſenen Ehen müſſen den Character der

Bayerische Staatsbibliothek München

Unauflößlichkeit auch ferner behalten? — So gut wie der Gesetzgeber hier den Character der Ehen habe abändern können, eben so gut habe er die Realisation der Erwartungen abzuändern vermocht, welche die Ehegatten wechselseitig aus der Ehe, so sie eingingen, für die Zukunft hatten. Eine Realisation dieser Erwartungen, und also ein erworbenes Recht, sey, bis zu dem Tode des einen der Ehegatten, nicht eingetreten gewesen.

Vergeblich setze man diesem entgegen, daß die Ehegatten, indem sie über dasjenige, welches nach ihrem Tode, in Hinsicht ihres Vermögens, Rechtens seyn solle, nichts verfügten, sich hierdurch stillschweigend den Localstatuten unterwarfen, und daß also deren Verordnung als ein Theil ihres Contractes angesehen werden müsse; — dieß sey wahr, wenn man es auf diejenigen Statuten bezöge, welche zur Zeit des Todes des zuerststerbenden Ehegatten gültig seyn würden *). Diese Jurisprudenz sey auch damahls in Frankreich zur Anwendung gekommen, als, am Ende des 16ten Jahrhunderts, die Statuten verändert seyen **).

---

*) *Boullenois*, Traité des statuts réels et personnels. T. II. p. 238.

**) *Louet*, lettre C. §. 6. "On disoit que les coutumes étoient comparées aux contrats, pour en avoir les mêmes effets; que les contractans ne pouvoient prévoir une reformation de coutume et une nouvelle lois; que, par le contrat de

Bayerische Staatsbibliothek München

Jetzt habe der C. N. wiederum diese Statuten verändert, oder vielmehr gänzlich aufgehoben, und müsse daher auch wiederum dieselbe Jurisprudenz, als zur Zeit der Reformation der Statuten, angewendet werden.

Wäre es aber auch möglich, daß in dieser Materie Zweifel obwalten könnten: so müsse doch jeder derselben schwinden, sobald von der Anwendung solcher Statuten die Rede sey, welche dem überlebenden Ehegatten ein förmliches Erbrecht einräumten, weil es für einen unwandelbaren Rechtsgrundsatz angesehen werden müsse, die Erbfolgerechte stets nach den Gesetzen derjenigen Zeit und desjenigen Orts zu beurtheilen, wo die Erbfolge wirklich eröffnet werde *).

---

mariage, *jus quaesitum erat*; qu'on ne s'étoit par donné la peine de stipuler ce que la loi municipale accordait; que la coutume réformée *futuris*, *non praeteritis*, *dabat formam negotiis*; qu'elle n'étoit point un droit acquis par un contrat de mariage, subsistant de soi. Mais ces raisons furent repoussées, et par arrêt rendu, à mon rapport, le 17. Octobre 1587, il fut jugé, comme il l'avait dèjà été par un autre arrêt, le 23. Decembre 1580, que quand les futurs conjoints contractent sous la loi du statut ou de la coutume, sans y avoir stipulation expresse d'un douaire préfixe, cela s'entend de la coutume qui aura lieu *lors de la dissolution de la communauté*, le droit n'étant pas plutôt acquis."

*) "A l'égard des gains de survie qui par les coutumes ou statuts n'étoient déférés *qu'à titre*

Diesen Gründen, so anscheinend sie auch seyn mögen, kann man jedoch Folgendes entgegen setzen, welches auch jetzt von der französischen Jurisprudenz angenommen wird *).

Es leidet keinen Augenblick Zweifel, daß, so wie im Allgemeinen die unter der vorigen Gesetzgebung abgeschlossenen Contracte unter der Herrschaft der neuen Gesetze ihre Gültigkeit behalten, so auch die Eheverträge, welche unter jener errichtet, auch unter dieser bey Kräften geblieben seyen. Nun aber konnten zwei Personen, welche das Ehebündniß mit einander eingingen (so wie sie es auch noch jetzt können), in Hinsicht der Rechte des Ueberlebenden auf den Nachlaß des Zuerst-Versterbenden, auf eine zweifache Weise ihren Willen ausdrucken: entweder bestimmt, durch ausdrückliche Stipulationen, oder stillschweigend, indem sie das Gesetz für sich stipuliren ließen. Wählten sie die letzte Methode, so ist es klar, daß man die Worte

---

successif, il ne pourroit, au moins, y avoit de doute qu'il ne soient abolis par la nouvelle loi, puisqu'il est de principe incontestable, que tous les drois successifs doivent être régulés par la loi qui est en vigeur au moment de l'ouverture de la succession." *Chabot*, l. c. p. 334.

*) *Chabot*, l. c. T. I. p. 354; *Merlin*, répert. s. v. gains nuptiaux et de survie, §. II., *Guichard*, bey *Sirey*, 1811. T. XI. p. 105 seqq.; *Birnbaum*, Jurispr. de la cour de Trèves, T. II. p. 39, 86, 289. T. III. p. 193.

des Gesetzes gleichsam für Worte ihres Contractes halten muß, daß es eben so gut sey, als haben sie einen schriftlichen Contract zu Stande gebracht, in welchem wörtlich die Verfügungen des Gesetzes oder der Gewohnheit, in Hinsicht der Umstände, welche sie der Entscheidung des Gesetzes anheim stellten, enthalten seyen, und zwar desjenigen Gesetzes, welches zu der Zeit galt, als sie contrahirten; denn wie läßt sich ernstlich annehmen, daß sie die Entscheidung über Gegenstände, welche für sie von der äußersten Wichtigkeit sind, einem Gesetze haben überlassen wollen, von dessen Verfügungen sie noch gar keinen Begriff haben konnten?

Diese Ansicht, welche so sehr aus der Natur der Sache sich ergiebt, ist auch die der vorzüglichsten französischen Rechtsgelehrten *), und der jetzigen Gerichtshöfe **). Sollten auch die ältern Gerichte bisweilen

---

*) Vergl. *Chabot*, l. c. T. I. p. 335.

**) *Chabot*, l. c. T. I. p. 351. Mehrere Erkenntnisse der Appellations-Höfe und des Cassations-Hofes, welche *Chabot* a. a. O. und *Merlin*, répert. univers., s. v. Gains nuptiaux et de survie, §. II. u. III. anführen, beweisen dieses. Der erste Schriftsteller setzt solchen Exempeln, wovon ich einzelne auszuheben für überflüssig halte, Folgendes hinzu: "il est donc solemnellement décidé par la cour de cassation, que les gains de survie, établis en faveur des époux, par les coutumes, usages et statuts, *étoient acquis dès le moment du mariage*, qu'ils étoient irrévocables de leur nature, qu'ils avoient la même

hiervon verschiedene Grundsätze angenommen haben: so kam dieses wohl vorzüglich daher, daß durch die am Ende des 16ten Jahrhunderts vorgenommene Reformation der Gewohnheitsrechte im Ganzen so unbedeutende Veränderungen mit ihnen vorgenommen waren, daß man es kaum der Mühe werth achtete, auf diese Veränderungen in sofern Rücksicht zu nehmen, daß man die Zeit in Betracht gezogen, in welcher sich jemand der reformirten oder noch unreformirten Coutüme unterworfen hätte *).

---

force et devoient produire les mêmes éffets, que s'ils avoient été expressément stipulés dans des contracts de mariage, et que par conséquent on peut dire que les coutumes ne les déféroient pas seulement comme *lois*, mais comme conventions.'' — Gleiche Grundsätze druckt ein Erkenntniß des Gerichtshofes zu Nancy, vom 20sten Febr. 1812 aus. *Sirey*, 1812. Cah. 10. part. II. p. 384. Vergl. damit *Birnbaum* jurispr. de la Cour. imp. de Trèves, T. III. p. 193., woselbst man findet, daß der franz. Cassationshof nicht stets obige Grundsätze annahm, dahingegen die Gerichtshöfe von Nancy, Metz, Brüssel und Trier sie stets anwanten.

*) "Nous pourrions bien faire observer à cet égard, qu'allors il ne s'agissoit pas, comme aujourd'hui, de l'abolition totale des gains de survie statutaires, et que la reformation des coutumes n'apporta que des légers changemens sur la qualité et les effets des douaires. Mais comme cette observation ne pourroit être qu'un moyen de

Unendlich zweifelhafter wird jedoch die Sache, wenn durch das Localstatut dem überbleibenden Ehegatten ein förmliches Erbrecht eingeräumt wurde. Hier sollte man glauben, müsse alles dasjenige zur Anwendung kommen, was bereits in Beziehung auf das unstreitige Axiom gesagt wurde, daß Erbrechte nur nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen seyen, welche dann gelten, wenn die Erbfolge eröffnet wird. Bedenket man jedoch, daß, obgleich nicht nach römischen *), doch, sowohl nach französischen als deutschen Gesetzen, eine vertragsmäßige Erbfolge statt finden konnte **): so kann man nicht umhin, anzunehmen, daß hier die Worte des Gesetzes: "Erbfolge, Erbrecht, Succession u. s. w." nichts ändern, und daß, wenn die Ehegatten, in Hinsicht ihrer wechselseitigen Erbfolge, bey ihrer Verheiratung nichts bestimmten, dann sie auch das Gesetz haben für sich bestimmen lassen: daß also diese gesetzliche, zur Zeit der Eingehung der Ehe gegoltene Erbfolge für sie

---

considération, nous n'y insisterons pas, et il suffira, sans doute, d'opposer à l'ancienne jurisprudence du parlement de Paris, la jurisprudence nouvelle de nôtre cour de cassation et de nos cours d'appel." *Chabot*, l. c. T. I. p. 345.

*) L. 61. De verb. obl. (XLV. 1.) L. 4. C. de invtil. stip. (VIII. 39.)

**) Kunde, deutsches Privat-Recht, §. 653 ff. *Merlin*, repert. S. v. institution contractuelle.

eine vertragsmäßige geworden sey. Auch diese Grundsätze nimmt die neuere französische Jurisprudenz, so wie sie auch durch mehrere Erkenntnisse des Cassationshofes bestätiget ist, an *), wobey sich jedoch freilich nicht leugnen läßt, daß bey den in dieser Materie vorhandenen Entscheidungen, stets solche Gewohnheits-Rechte zur Anwendung kamen, durch welche dem überlebenden Ehegatten unwiederrufliche Erbrechte zugesichert wurden **).

So erkannte, z. B., der Cassationshof am 27ten Germial XII:

In Erwägung, daß das Gewohnheits-Recht von Looz, unter dessen Herrschaft die Ehe des Arnold Boes eingegangen war, dem überlebenden Ehegatten das Eigenthum der Möblen des Verstorbenen einräumte;

daß, die gegenseitigen Vortheile (avantages) der Ehegatten nicht mit bloßen Successions-Rechten verwechselt werden dürfen;

daß, nach Maaßgabe des Loozischen Gewohnheits-Rechts, der Vortheil, wovon hier die Rede ist, als

---

*) *Merlin*, répert. S. v. gains de survie. §. III.

**) Erkenntniß des Cassationshofes d. d. 4ten August 1808. "Attendu que le droit que la coutume de Normandie donne à la veuve dans la *succession* de son mari, doit être considéré comme un *avantage matrimonial* que la loi du 17 nivose an 2. n'a point aboli, rejette. . ." Vergl. *Chabot*, l. c. T. II. p. 343 seq. Die avantages matrimoniaux waren aber ihrer Natur nach unwiderruflich.

von dem Ueberlebenden, in Beziehung auf die Ehe, erworben, und ihm von dem Zuerstverstorbenen nicht zu entziehen, ein, seiner Natur nach, unwiderrufliches Recht ausmachte; . . . . . .

daß hieraus folgt, daß Arnold Boes durch den eingetretenen frühern Tod seiner Ehefrau auf eine unwiderrufliche Weise das Eigenthum der von ihr nachgelassenen Möbeln erworben habe, und daß also das angefochtene Erkenntniß, indem es so entschied, kein Gesetz übertreten;

Verwirft. . . ."

Der Fall wäre also durch die französische Jurisprudenz (so viel mir bekannt) nicht entschieden, da die statutarische Portion, welche die zur Zeit der Eingehung der Ehe geltenden Gesetze dem Ehegatten zubilligten, durch eine testamentarische Verfügung abgeändert werden konnte *), und die Ehe nun, durch den Tod des einen Gatten, unter der Herrschaft des C. N. aufgelöset wurde. — Hier sollte man glauben, sey von einem wahren Erbrechte die Rede, welches sich von jedem andern Erbrechte durch nichts unterscheide, und aus dem unmöglich früher jura quaesita erworben werden könnten, als der Erbfall wirklich eingetreten sey.

---

*) Eine bedeutende Menge von Statuten, worin dieses verordnet ist, findet man excerpirt von *Pufendorf*. T. IV. Observat. LIII.

Hätte aber der überlebende Ehegatte keine erworbene Rechte, konnte ein Wort des Verstorbenen ihn um alle seine Hoffnungen und Erwartungen bringen: wie sey es da möglich, anzunehmen, daß, nachdem das neue Recht ganz andere Grundsätze in Hinsicht der Erbfolge aufstellte, dennoch, unter seiner Herrschaft, die alten, abgeschafften angewendet zu werden vermöchten? Wenn der überlebende Ehegatte aus dem alten Rechte nichts erwürbe, wie könne er sich da über einen Verlust beschweren, welchen ihm das neue Recht zugefügt haben solle?

Ich gestehe, daß diese Einwendungen von sehr großem Gewichte sind, und sehr leicht dahin zu führen vermögen, einem Ehegatten, in der vorliegenden Hypothese, alle Erbrechte auf des Vorverstorbenen Nachlaß abzusprechen: doch glaube ich, daß sie folgenden richtigern Grundsätzen weichen müssen.

Indem sich zwei Personen in die Ehe begeben, ist nichts natürlicher (wenn sie durch die neue Leidenschaft nicht dergestalt verblendet worden, daß sie der Zukunft, von der Gegenwart ganz eingenommen, gar keine Aufmerksamkeit zu widmen im Stande sind), als daß sie darauf denken, was denn wohl aus ihnen werde, wenn der Tod das Bündniß, welches ihnen so viel Lasten auflegt, trennte. Diese Gedanken müssen zu Verabredungen über diesen Gegenstand führen. Enthielt nun das Gesetz, in dieser Hinsicht, die Vorschrift: "Ein Ehegatte beerbt den andern, so wie ein Kind seine Ael-

tern beerbt; aber nur dann, wenn der Erblasser keine diesem entgegenstehende Verfügung macht:" so können sie sich hierbey füglich beruhigen; denn wie können sie es sich moralisch möglich denken, daß der Zuerst-Sterbende dem Zurückbleibenden, ohne gegründete Ursachen, Vortheile entziehen könne, von deren Erlangung vielleicht seine künftige Existenz abhängt.

Es ist also genau eben so gut, als wenn bey der Eingehung der Ehe jeder der Gatten sein Testament machte, dessen Inhalt den Worten des Gesetzes gleichlautend wäre: so wie dieses Testament zwar aufgehoben werden kann, aber, wenn es nicht aufgehoben wurde, auch unter der neuen Gesetzgebung in seiner alten Form gilt: also muß auch die alte gesetzliche Vorschrift, gleichsam zu einem Testamente, oder doch zu einem durch eine Bedingung modificirten Vertrage gemacht, auch unter der neuen Gesetzgebung seine Wirkung behalten.

Diese Ansicht der Sache stimmt sehr mit der natürlichen Billigkeit überein. Im Herzogthume Braunschweig, z. B., beerbten sich die Ehegatten wechselseitig, wie Kinder ihre Aeltern beerben (mit wenigen Einschränkungen). Dieses unstreitig äußerst weise Gesetz (wie denn dieses Land unter einer Reihe wahrhaft landesväterlich gesinnter Fürsten zu einer, in einzelnen Theilen, trefflichen Gesetzgebung gelanget ist) kannte jeder, und ließ also allein dieses für seinen zu hinterlassenden Ehegenossen sorgen. Noch jetzt ahndet der

gemeine Mann keine Veränderung in der Gesetzgebung, und stirbt so ruhig, als zuvor, in Hinsicht der ihm obliegenden Sorgfalt für seinen zu hinterlassenden Lebensgefährten. Wie hart würde es seyn, diese auf so moralische Grundsätze gestützten Erwartungen zu täuschen!

Diese Jurisprudenz ist von dem königl. Staatsrathe, als Cassations-Hofe des Königreichs, in folgendem Rechtsfalle zur Anwendung gebracht.

Die Herzoglich-Braunschweigische Landesverordnung vom 26sten August 1689 *), welche durch die vom 30sten December 1754 ihrem ganzen Inhalte nach bestätigt wurde, enthält im wesentlichen Folgendes:

"Wenn zwei Eheleute durch den zeitlichen Tod getrennt werden, und der erststerbende weder in ascendenti noch descendenti linea einige Erben, noch ein zu Recht beständiges Testament und letzte Willens-Disposition, noch einige pacta dotalia hinterlassen, oder sonst durch andere zu Recht beständige actus inter vivos von dem Seinen disponiret, alsdann soll der letztlebende Ehegatte, er sey Mann oder Frau, den andern verstorbenen, ohne Jemandes Hinderung, und mit Exclusion derer sich etwan anmeldenden Collateral-Verwandten, sie seyen so nahe als sie wollen, völlig

---

*) *Fredersdorfs* Promtuarium der Braunschweigischen Verordnungen, Thl. I. S. 231.

erben *), folglich dem bisherigen Sprüchwort nach: der Letzte die Thür zu thun; und deßhalb von jetzt gemeldeten Collateral-Verwandten ohnangefochten bleiben und gelassen .... werden."

Dahingegen die letztgedachte Verordnung von 1754 hinzusetzt: "Gleich wie nun bey dem allen, jedoch den obigen Fall, wenn nämlich der überlebende Ehegatte, nachdem er aus des verstorbenen Theils Gütern seinen Kindestheil hinweggenommen, zur andern Ehe schreitet, ausgenommen, durch ein zu Recht beständiges Testament und letzte Willensverordnung, auch Ehestiftung, oder andere zu Recht beständige Vergleiche und Handlungen, in so weit solche Freyheit durch andere ausdrückliche Gesetze und Verordnungen nicht eingeschränkt ist, über das Seinige zu ordnen unbenommen bleibt; also soll hingegen auch, wenn dergleichen zu Recht beständige Verordnung nicht vorhanden, bey vorfallenden Erbfolgen ohne Testament, zwischen Fürstl. Bedienten und allen Unterthanen ..... der geringste Unterschied nicht gemacht, sondern nach dieser Constitution eine durchgängige Gleichheit gehalten werden."

Unter der Rechtsgültigkeit dieses Gesetzes verheirathete sich J. Chr. Ruscher und Dor. Philippine Peters im Herzogthume Braunschweig. Nach einer dreyßigjährigen Ehe verstarb die Ehefrau im Jahre

*) Es erbt aber, nach der Herzogl. Verordnung von 1754 der überlebende Ehegatte das völlige Eigenthum und nicht den Nießbrauch allein.

1809, ohne weder in auf- noch absteigender Linie Erben, noch irgend eine testamentarische oder anderweitige Verfügung über ihr Vermögen zu hinterlassen.

Die Nichten der Verstorbenen, die verehlichten Pauli und Harms, meldeten sich hierauf als Intestat-Erbinnen; da Ruscher sich aber weigerte, sie als solche anzuerkennen, so ließen sie ihn vor das Tribunal erster Instanz zu Wolfenbüttel laden. Ruscher behauptete die Unzulässigkeit der Klage, weil die Erbschaft nach Maaßgabe der herzoglichen Verordnungen von 1689 und 1754, als welche zur Zeit seiner Verheirathung mit der Verstorbenen in Kraft waren, ihm zugefallen wäre.

Das Tribunal zu Wolfenbüttel erkannte für die Klägerinnen beyfällig, und verurtheilte demnach den Beklagten zur Herausgabe der Erbschaft.

Ruscher appellirte an den Appellationshof zu Cassel, an welchen damahls noch die Berufungen von dem Tribunale zu Wolfenbüttel gingen, und der Appellationshof reformirte das Erkenntniß des Tribunals durch ein Urtheil vom 10ten October 1810, und entband den H. Ruscher von der gegen ihn angestellten Klage. Die Klägerinnen nahmen hiergegen die Cassation zur Hand; der Staatsrath des Königreichs verwarf aber dieselbe durch folgendes

Urtheil. *)

Le Conseil d'Etat considérant: que les époux qui se marient, sans regler leurs droits par un contrat, sont censés s'en être rapportés, pour leurs interêts civils, aux dispositions de la loi en vigeur au tems où ils se sont mariés, et que les conditions réglés par la loi tiennent lieu de contrat, et doivent sortir les mêmes effets que les conventions expresses; que le droit héréditaire éventuel que les ordonnances du ci-devant duché de Brunsvick des 26. Aout 1689 et 30. Décembre 1754 donnoient à l'époux survivant sur la succession du conjoint prédécédé, *n'est pas un droit purement successif* que les lois ne déférent qu'au moment de l'ouverture de la succession, mais un avantage, qui, bien que conditionel, étoit néanmoins acquis au Sieur Ruscher du moment de la célébration de son mariage, par le concours de la disposition de ces lois et du consentement des parties, et que le décret du 21. Sept. 1808 n'a pas aboli:

Rejette le pourvoi. (Arrêt du 19. Janv. 1812.)

Dieſes Erkenntniß iſt unſtreitig eines der wichtigſten, welches der Staatsrath, als Caſſationshof, abgegeben hat: es wird die Folge haben, daß einer bedeutenden Menge von Eheleuten das Ihrige erhalten werde, deſſen ſie ſonſt, nach dem Tode ihres Gatten,

*) Moniteur Westphalien, 1812. No. 94.

verlustig gewesen wären; auch wird es dadurch einen wichtigen Einfluß äußern, daß es eine Jurisprudenz in den mit Frankreich vereinigten deutschen Provinzen des linken Rheinufers bekannt macht, die, da sie ganz auf diejenigen Grundsätze gebaut ist, welche in dieser Materie der französische Cassationshof annimmt, unstreitig auch in jenen ehemahls deutschen Landen befolgt werden wird.

Man kann also als eine Regel ansehen, daß Eheleute, die unter den vorigen Gesetzen heiratheten, in Hinsicht der Rechte, welche sie wechselseitig an den gemeinschaftlichen Gütern hatten (diese Rechte mögen von einer Beschaffenheit seyn, wie sie wollen), ganz jenen Gesetzen unterworfen bleiben, und daß neue Gesetze auf diese Verhältnisse gar keinen Einfluß äußern. — Ein Grundsatz, der, so auffallend er manchem scheinen mag, doch auf das Natürlichste aus den entwickelten Grundsätzen folgt, und erst kürzlich von dem Cassationshofe des französischen Reichs in folgender Sache anerkannt ist.

Die normannischen Gewohnheitsrechte erlauben in sofern die Veräußerung des Heirathsguts, daß es den Aeltern frey steht, dasselbe bey ihren Lebzeiten ihren Kindern abzutreten, welches man avancement d'hoirie nennt. Eine Frau Descalles hatte von diesem Rechte Gebrauch gemacht, und ihrem Sohne Grundstücke, welche zu ihrem Heirathsgute gehörten, unter der Herrschaft der vorigen Gesetze, nachher aber auch

andere dieser Grundstücke unter der Herrschaft des C. N., abgetreten. Der Sohn veräußerte diese Gegenstände, und nun gereute die Mutter die Abtretung; sie focht also die Gültigkeit derselben gegen die Käufer aus dem Grunde an, daß der C. N., im Art. 1554, eine Veräußerung der Dotal-Grundstücke verbiethe. In erster Instanz wurde sie mit ihren Prätensionen gänzlich abgewiesen, der Appellationshof zu Caen hingegen, indem er die Klägerinn freilich in Hinsicht der unter den vorigen Gesetzen gemachten Veräußerungen ebenfalls abwieß, erkannte jedoch, in Beziehung auf diejenigen, welche unter der Herrschaft des C. N. statt gehabt hatten, daß diese, nach Maaßgabe des Art. 1554 des C. N., ungültig seyen:

"Weil es hier auf die Wirkung einer bürgerlichen Fähigkeit ankäme, und weil hier die Rede von einem persönlichen Rechte sey, welches durch dasjenige Gesetz seine Bestimmungen bekommen müsse, welches die Fähigkeit in demjenigen Augenblicke bestimme, wo man das Recht ausübe."

Der Cassationshof cassirte jedoch dieses Erkenntniß, nachdem sich der General-Procurator Merlin, auf eine äußerst nachdrückliche Weise, gegen die darin aufgestellten Grundsätze geäußert hatte.

Nur folgendes Wenige sey mir erlaubt, aus seiner bey dieser Gelegenheit gehaltenen Rede anzuführen:

"Welchen Frauen haben denn die Artikel 1554. 1555. und 1556. C. N. verbothen, die zum Brautschatze ge-

gebenen unbeweglichen Sachen während der Ehe, mit den daselbst nahmhaft gemachten Einschränkungen, zu veräußern?

Nicht den Frauen im Allgemeinen, sondern nur denen, welche sich unter dem Brautschatzverhältnisse befinden.

Und von welchem Brautschatzverhältnisse ist hier die Rede? — Es ist nicht dasjenige, welches das normannische Gewohnheitsrecht bestimmt hatte, und dem alle Frauen der Normandie, selbst gegen ihren Willen, unterworfen waren: es ist vielmehr einzig das, welches das Gesetzbuch Napoleons in ganz Frankreich einzugehen erlaubt, welches aber in keinem Theile dieses Reichs den Frauen gebiethen kann, wenn sie sich demselben nicht freywillig unterwerfen."

Urtheil des Cassationshofes. *)

Der Gerichtshof:

Nach Ansicht des Art. 432. des Gewohnheitsrechts der Normandie und des Art. 1554. des C. N.;

---

*) Jurisprudence du C. N. T. 15. p. 301. Ein Erkenntniß des Cassationshofes, d. d. 19. Dec. 1810, welches ähnliche Grundsätze aufstellt, bey *Sirey*, 1811 I. p. 39. Auch angeführt in von Bülows Rechtssprüchen, Thl. I. S. 8. Desgl. ein Erkenntniß des Cassationshofes, d. d. 3. Sept. 1811. Jurisprudence du C. N. T. XVII. p. 274. Ausführlich verbreitet sich über die gegenwärtige Materie ein vortrefflich motivirtes Urtheil des Appellationshofes zu Aix, vom 9. Jan. 1810. Jurispr. du C. N. T. XIX. p. 21.

In Erwägung, daß, nach der Vorschrift des normannischen Statuts, die von der Frau Descalles ihrem Sohne gemachte Schenkung gültig und regelmäßig war;

daß man die Nichtigkeit dieser Schenkung nicht aus der Verordnung des Art. 1554 ff. des C. N. ableiten kann, weil das in demselben enthaltene Verboth der Veräußerung der Dotalimmobilien lediglich auf diejenigen Güter angewendet zu werden vermag, welche durch den ausdrücklichen Willen der Parteien unter die Dotalverhältnisse dieses Gesetzbuches, in Contracten, die nach dessen Publication abgeschlossen, gesetzt wurden;

daß also das angefochtene Erkenntniß eine falsche Anwendung der angeführten Artikel des C. N. gemacht hat:

Cassirt . . . ."

(Civilsection, 27. August 1810.)

Gleiche Grundsätze hat die zweite Section des Appellationshofes zu Celle, am 5ten November 1812, in folgender Sache ausgesprochen, ob es gleich nicht nothwendig war, sie förmlich zur Anwendung zu bringen.

Der Domainen-Pächter H.* zu W.* hatte zur Annahme und Bewirthschaftung einer sehr großen Pachtung bedeutende Schulden contrahirt. Seit einigen Jahren drangen seine Gläubiger gerichtlich auf Bezahlung. Unbewegliches Vermögen besaß er überall nicht. Unter diesen Umständen, besorgend, daß seine Ehefrau

um ihr Eingebrachtes kommen möge, welches er zu 24,000 Rthlr. angab, schloß er mit dieser, vor Notar und Zeugen, am 26ten Januar 1811 einen Kaufcontract, wodurch er derselben fast sein ganzes, einzeln aufgeführtes Vermögen für die Summe von 22,627 Rthlr. 3 Ggr. 11 Pf. verkaufte. Die Sachen blieben in dem Verwahr und Gebrauch des Mannes.

Am 25ten May 1812 ließ der Tribunal-Procurator Herr Klipsch zu Magdeburg *), auf den Grund eines executorischen Erkenntnisses des Tribunals, einen Theil derjenigen Sachen, welche Herr H.* seiner Ehefrau verkauft hatte, mit Arrest belegen. Dieses gab die Veranlassung zu einer Oppositions- und Vindications-Klage, von Seiten der letzten.

In den Verhandlungen, welche über die Gültigkeit dieser Opposition Statt hatten, stritt man auch weitläuftig darüber, nach welcher Legislation die Dotalverhältnisse der Opponentinn zu beurtheilen seyen; nach derjenigen, unter welcher sie heirathete, oder nach der jetzigen: obgleich man hätte einsehen sollen, daß dieser Streit ganz vergeblich war, denn es kam noch nicht darauf an, zu bestimmen, auf welche Art und Weise die Klägerinn berechtigt seyn könnte, ihren Dos in Sicherheit stellen zu lassen, und ihre Gerechtsame gegen die Gläubiger ihres Mannes geltend zu machen: sondern vielmehr darauf, ob ihr Ehemann,

*) Rechtswissenschaft. Thl. I. S. 478.

zu einer Zeit, zu welcher er, nach ihrer eigenen Angabe, auf das Aeußerste verschuldet war, berechtigt seyn konnte, durch einen Verkauf, für ein angeblich, und nicht bewiesener Weise, bereits empfangenes Kaufgeld, fast seine ganze Habe zu veräußern, und so seinen Gläubigern das einzige Pfand einseitig zu entziehen, worauf sie rechnen konnten.

Das Tribunal zu Goslar wieß die Opponentinn durch folgendes Erkenntniß, d. d. 23. Juny 1812, mit ihrer Opposition und Vindicationsklage ab;

"In Erwägung, daß der Grund der im Art. 1595. C. N. enthaltenen Verfügungen bloß der ist, verscheierte, zur Gefährde der Erben gereichende Schenkungen zu verhüten, und daß diese Verfügungen einen solchen Vermögenszustand des verkaufenden Ehegatten voraussetzen, daß nach Abzug der Schulden eine künftige Erbschaft denkbar ist; Code civil, suivi de l'exposé des motifs, T. VI. p. 9. 51. 91; Zachariä, Handbuch, Thl. II. S. 282. Note 8. (2te Aufl.)

Daß aber dieses Gesetz dann nicht anwendbar, wenn der Vermögenszustand eines Ehemannes zerrüttet ist, und daher die Frau ihren Brautschatz ganz oder zum Theil zurücknehmen will;

Daß, wenn gleich eine Ehefrau, sowohl nach römischen als jetzt bestehenden Rechten, in dem gedachten Falle, auch während der Ehe, ihren Brautschatz zurückfordern kann, doch, es mag die Ehe unter der Herrschaft des römischen Rechts oder des C. N. einge-

gangen seyn, dabey die in den jetzt bestehenden Gesetzen vorgeschriebene Verfahrungsart beobachtet werden muß;

Weber, über Rückwirkung Nr. 61;

Daß, nach Art. 1563. u. 1463 ff. C. N., dieß nur gerichtlich geschehen kann, und zwar mit zur Sicherheit der Rechte der Mitgläubiger des Ehemanns; Code civil, suivi de l'exposé des motifs T. V. p. 354 seq.; Daß der Ehemann der Appellantinn, nach ihrem gerichtlichen Geständnisse, sich seit einigen Jahren und zur Zeit der Errichtung des fraglichen Kauf-Contracts, in sehr zerrütteten Vermögensumständen befunden hat, so daß seine Passivschulden schon damahls sein Vermögen überstiegen hatten, und sie dadurch bestimmt ist, den fraglichen Kaufcontract zu schließen, und dadurch den größten Theil des Brautschatzes zurückzufordern;

Daß der fragliche Kaufcontract bloß den Zweck hat, das Vermögen der Opponentinn von dem ihres Mannes abzusondern;

Daß jede freywillige Vermögensabsonderung nichtig ist; Daß unter diesen Umständen der fragliche Kaufcontract nicht berücksichtigt werden kann; ....."

Dieses Erkenntniß wurde von dem Appellationshofe bestätigt, doch, da der Anwalt der Appellantinn stets darauf zurückkam, daß die neue Legislation bey den Dotalverhältnissen der Appellantinn nicht zur Anwendung kommen könne, bestimmt den Grundsatz ausgesprochen, daß man diese Anwendung auch keinesweges zu machen gemeint sey: son-

dern vielmehr diejenigen Grundsätze zur Anwendung bringen wolle, welche die Natur der Sache, das römische und französische Recht gleichmäßig vorschrieben.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht der Art. 2. und 1167. des C. N.;

In Erwägung, daß es zwar rechtlich gewiß ist, daß die sämmtlichen, der Appellantinn gegen ihren Ehemann, in Bezug auf ihr Heirathsgut und Eingebrachtes, zustehenden Rechte, nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werden müssen, welche zu der Zeit gültig waren, als unter ihnen die Ehe eingegangen wurde; indem, in Ermanglung bestimmter Stipulationen, das Gesetz für die Parteien stipulirt und ihre Contracte ergänzt, daher denn die Verfügungen des Gesetzes als Theile des Contractes mit Recht angesehen werden, welcher durch eine spätere Legislation, ohne daß man dieser den Vorwurf der Rückwirkung machen könnte, nicht verändert zu werden vermögen;

In Erwägung, daß also von einer Anwendung der Vorschriften des C. N., in Bezug auf das Brautschatzverhältniß der Appellantinn, in sofern solches anders ist, als es die römischen Gesetze, unter deren Herrschaft dieselbe zu Braunschweig heirathete, feststellen, im vorliegenden Falle, nicht würde die Rede seyn können;

In Erwägung, daß es jedoch in demselben auch noch nicht darauf ankömmt, zu entscheiden, welche Rechte

die Appellantinn, ratione dotis et illatorum, an dem Vermögen ihres Ehemannes habe, und die sie also auch gegen dessen Gläubiger in Wirksamkeit zu setzen berechtigt seyn könnte, sondern nur darauf, ob der Appellantinn Ehemann zu einer Zeit, wo er sich, unbestrittener Maaßen, in dem Zustande einer sein Vermögen wahrscheinlich erschöpfenden Verschuldung befand, zum Nachtheile seiner Gläubiger, über den größten Theil desselben verfügen konnte: eine Frage, die unstreitig, sowohl nach natürlichen als den positiven Gesetzen aller Legislationen verneint werden muß;

In Erwägung, daß aus diesem Grunde derjenige Kaufcontract, wodurch der Appellantinn Ehemann derselben den größten Theil seines Mobiliarvermögens, gegen einen Preis, den er schon empfangen haben wollte, übertrug, für unverbindlich für die Gläubiger des gedachten Ehemannes erachtet werden muß;

Erkennt:

Daß von dem Tribunale zu Goslar, durch dessen Erkenntniß d. d. 23. Juni 1812, wohlgesprochen, übel appellirt, mithin solches zu bestätigen, Appellantinn aber in die Kosten zu verurtheilen.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Pr., v. Schlepegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter.

V.

Erbfolge. — Seitenverwandte *).

Hat, wenn nach Maaßgabe des Artikels 734. C. N. eine Vertheilung der Erbschaft unter die väterliche und mütterliche Linie des Erblassers bereits statt hatte, in diesen Linien dann eine neue Theilung statt, wenn sich in denselben wiederum Unterlinien befinden?

Der größte Theil der Gewohnheitsrechte, die in denjenigen Provinzen des alten Frankreichs, so nicht unter der Herrschaft des römischen Rechts standen, das Civilrecht bildeten, enthielt die Maxime, welche kurz durch die Worte: paterna paternis, materna maternis ausgedruckt wird. Nach dieser fällt in einer Erbschaft dasjenige Vermögen, welches der Erblasser von seinem Vater erhielt, denjenigen Personen zu, welche mit ihm durch eben diesen Vater verwandt sind, dahingegen das müttliche Vermögen von seinen mütterlichen Verwandten ererbt wird.

*) Practisch nur von transitorischem Interesse, in Beziehung auf die Erbschaften, welche unter der Herrschaft der Französischen Rechte eröffnet sind: doch zur Erläuterung ursprünglich Deutscher Gewohnheitsrechte von dauerndem theoretischen Interesse.

Man hat sich in Frankreich ehemals die vergebliche Mühe geben, den Ursprung dieses Rechts in der römischen Gesetzgebung zu suchen *): er findet sich aber lediglich in unsern eigenen vaterländischen Rechten, und wurde von unsern siegreichen Vorfahren mit in das unterworfene Gallien eingeführt. Der Schwertmagen (Agnati) vindicirte was von seiner Seite herrührte, so wie wiederum der Spillmagen (Cognati) das seine hinnahm **).

Gleich wie jedoch nicht alle französische Gewohnheitsrechte die Regel paterna paternis annahmen, (eine bedeutende Menge verwarfen sie ausdrücklich, andere schwiegen über diesen Punct ***): so fand sie auch in den verschiedenen Rechten eine sehr verschiedene Anwendung. Merlin ****) theilt in dieser

---

*) L. 4. Cod. Theod. de maternis bon. et mat. gen. Vergl. *Serres*, instit. au droit français. liv. III. tit. I.

**) Herm. Georg Krohn, Versuch der Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburt vor der halben in Erbschaftssachen. Lübeck 1746. Bacmeister, Widerlegung dieses Versuchs. Lübeck 1748. Vergl. *Dumoulin*, Conseil 7. nr. 48. *Merlin*, rep. T. IX. p. 89. hält dafür, daß die Maxime paterna paternis ihren Ursprung gemeinschaftlich aus dem römischen, dem Lehn- und alten Deutschen Rechte erhalten habe.

***) Es werden beide von Merlin a. a. O. aufgezählt.

****) l. c. p. 90.

Hinsicht die Gewohnheitsrechte in fünf Classen, welche kurz anzuführen nicht überflüssig seyn wird, da eine Kenntniß dieses alten Rechtszustandes ein bedeutendes Licht auf die neue Legislation wirft.

1. Coutumes de côté et de ligne.

Nach diesen mußte man, um in Beziehung auf ein Erbgrundstück (propre) Erbfähigkeit zu haben, ein Verwandter des Erblassers von derjenigen Seite (côté oder ligne) seyn, durch welche das Erbgrundstück in die Familie gebracht wurde. Hatte man diese Eigenschaft, so schloß man die Verwandten der andern Seite aus.

2. Coutumes de tronc commun.

Nach diesen mußte man von einem Ascendenten abstammen, welcher das Erbstück besaß, und zugleich Ascendent des Erblassers war. Ein solcher Abkömmling schloß andere, obgleich nähere Verwandte, aus; in Ermangelung desselben aber fiel das Grundstück an den nächsten Verwandten des Erblassers.

3. Coutumes souchères.

Nach diesen war Obiges nicht hinlänglich, sondern man mußte von demjenigen Ascendenten abstammen, welcher das Grundstück in die Familie des Erblassers gebracht hatte.

4. Coutumes de simple côté.

Nach diesen war es hinlänglich, um als Erbe des Erbgrundstücks auftreten zu können, der nächste Erbe des Verstorbenen von der Seite des Verwandten

zu seyn, von welchem das Erbgrundstück ihm zugefallen war, ohne höher hinaufzusteigen und nachzusuchen, woher jener Verwandte das Erbgrundstück erhielt.

5. Coutumes de représentation à l'infini.

Nach diesen untersuchte man nicht die Nähe des Verwandtschaftsgrades, in welchem der Erbschafts-Aspirant mit dem Verstorbenen stand, sondern vielmehr die Nähe des Grades dessen, den er repräsentirte. War dieser Repräsentirte der nächste, so erbte der entferntere Repräsentant vor andern nähern Verwandten.

Dieses waren jedoch nur die Hauptverschiedenheiten der Gewohnheitsrechte, in Beziehung auf die Regel paterna paternis; die kleinern Verschiedenheiten gingen ins Unendliche, so wie auch, ausnahmeweise, die Regel selbst in den Provinzen des geschriebenen Rechts angewendet wurde.

In den Provinzen derjenigen Gewohnheitsrechte, die von der Regel schwiegen, ergänzte man sie, als gemein-gewohnheitsrechtlicher Natur; in den Ländern des geschriebenen Rechts aber ergänzte man sie nicht, sondern richtete sich nach dem römischen Rechte, wenn es nicht durch local-Statuten Abänderungen erlitt.

Dieser Zustand der Gesetzgebung erduldete eine totale Veränderung durch das berühmte Gesetz vom 17. Nivose II, wodurch die verschiedenen, bisher bestandenen Arten der Erbfolge abgeschafft, und für ganz

Frankreich nur eine einzige Art derselben eingeführt wurde.

In diesem Gesetze ward nun die Regel: paterna paternis, indem man sie abzuschaffen glaubte, auf eine freilich sehr modificirte Weise, zum allgemeinen Recht Frankreichs gemacht; es schrieben nemlich die Art. 83 bis 87 des Gesetzes, im Wesentlichen, vor: daß die Erbschaft des Verstorbenen in zwey gleiche Theile *) getheilt werde, wovon der eine den väterlichen, der andere aber den mütterlichen Verwandten zufallen solle; und der Art. 90. setzte hinzu, daß erst, wenn in einer der beiden Linien kein Verwandter vorhanden sey, dann die Glieder der andern Linie zur Erbschaft gelangen könnten. Nach dem 88. Art. aber sollten jene Repräsentationsregeln auch in den Unterabtheilungen eines jeden Zweiges beobachtet werden **).

*) Diese beiden Theile waren das Aequivalent der Maxime paterna paternis. Man nahm gleichsam an, daß der Erblasser von jeder Seite gleichviel erhalten habe.

**) Man findet das Gesetz vom 2. Nivose II. im Nouveau Ferrière par *D'Agar*, T. III. p. 358. Die hier in Frage stehenden Artikel lauteten:

"82. Par l'effet de la représentation les représentans entrent dans la place, dans le degré et dans tous les droits du représenté. La succession se divise en autant de parties qu'il y a de branches appellées à la recueillir; et la subdivi-

So bestimmt nun auch diese Vorschriften lauteten, so fing man doch über ihren wahren Sinn Zwei-

---

sion se fait de la même manière entre ceux qui en font partie."

"83. Si dont les héritiers du défunt descendent, les uns de son père, les autres de sa mère, une moitié de la succession sera attribuée aux héritiers paternels, et l'autre moitié aux héritiers maternels."

"84. Si le défunt n'a pas laissé d'héritier descendant de son père, la portion paternelle sera attribuée pour une moitié aux descendans de l'aïeul paternel, et pour l'autre aux descendans de l'aïeule paternelle." (Eben dieses war nun auch in Beziehung auf die mütterliche Linie, Art. 85., und auf die Urgroßältern, Art. 86., verordnet.)

"87. Il en sera de même encore pour les descendans des degrés supérieurs, lorsque le bisaïeul, ou la bisaïeule, n'auront pas laissé de descendans."

"88. Ces regles de représentation seront suivis dans la subdivision de chaque branche. On partagera dabord la portion qui est attribuée à chacune en autant de parties égales que le chef de cette branche aura laissé d'enfans, pour attribuer chacune de ces parties à tous les héritiers qui descendent de l'un de ces enfans, sauf à la subdiviser encore entre eux dans les degrés anterieurs, proportionellement aux droits de ceux qu'ils représentent."

fel zu erregen an, da sie zu Zerstückelungen des Vermögens führten, die eben so lächerliche, als dem allgemeinen Besten nachtheilige Resultate mit sich brachten *).

Die Rechtsgelehrten und Gerichte Frankreichs theilten sich daher in zwey Secten; die eine nahm, nachdem die Erbschaft einmahl getheilt war, in den beiden Linien oder Seiten, Unterabtheilungen (refentes) an, die andere verwarf sie in diesem Falle.

Ein Erkenntniß des Cassationshofes vom 18ten Germinal VII. nahm die Unterabtheilung an. Eben dieses that ein zweytes, welches in contumaciam abgegeben wurde, das jedoch, nach eingelegter Opposition, am 12ten Brumaire IX., wieder aufgehoben ward **). In diesem letztern Sinne erfolgten hierauf mehrere Erkenntnisse, welche jedoch das Appellationsgericht zu

---

"89. La loi n'accorde aucun privilège du double lieu; mais si des parens collatéraux descendent tout-à-la foi des auteurs de plusieurs branches appellés à la succession, ils recueilleront cumulativement la portion à la quelle ils sont appellés dans chaque branche."

"90. A defaut des parens de l'une de lignes, paternelle ou maternelle, les parens, de l'autre ligne succéderont pour le tout."

*) Eine Erbschaft von 400,000 Franken wurde einst so zerstückelt, daß ein jeder Zweig 7 Sous 6 Deniers (ungefähr 3 Sgr.) erhielt. Jurispr. du C. N. T. XIII. p. 215.

**) *Maleville*, analyse, ad art. 734.

Brüssel nicht vermochten, von der entgegengesetzten Meinung, die freilich den Buchstaben des Gesetzes für sich hatte, abzugehen. Das Erkenntniß, welches diese Meinung ausgesprochen hatte, wurde cassirt, und so eine Jurisprudenz begründet, wodurch die sogenannte refente proscribirt wurde *).

Dieß war der Zustand der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in Bezug auf die Frage: ob, nach einmahl geschehener Vertheilung der Erbschaft unter die zwey Linien oder Seiten (lignes oder côtés, denn beide Wörter sind völlig gleichbedeutend), eine ähnliche Vertheilung wieder in diesen Statt finde; — als man sich mit der Abfassung des Civilgesetzbuchs beschäftigte.

Zu sehr von den Nachtheilen überzeugt, welche die ins unendliche gehenden Unterabtheilungen zu veranlassen im Stande waren, bedachte man sich keinen Augenblick, die in dieser Hinsicht bestehende letzte Jurisprudenz zum Gesetze zu erheben. Es verordnete demnach der Art. 734. des C. N.

"Nach dieser ersten Vertheilung unter die väterliche und mütterliche Linie hat keine weitere Vertheilung in die verschiedenen Zweige **) (der Linie) statt, sondern die einer jeden Linie zugefallene Hälfte gebührt

---

*) Jurispr. du C. N. T. XIII. p. 215.

**) Die Westphälische Uebersetzung setzt Stämme, stirpes, welches unserm Sprachgebrauche angemessen ist.

dem, oder den, dem Grade nach nächsten Erben, mit Ausnahme des nachher zu erwähnenden Falles der Repräsentation."

Dieser Artikel fand im franz. Staatsrathe eben so wenig als im Tribunate Widerspruch; seine Bewegungsgründe aber wurden von dem Redner der Regierung auf folgende Weise entwickelt*): "Der Mensch hat von zwey Seiten (lignes) Verwandte, er hängt mit zwey Familien zusammen, mit der seines Vaters und der seiner Mutter: man muß annehmen, daß er für die Verwandten einer jeden dieser beiden Seiten eine gleiche Zuneigung habe; überdem aber hat er Güter, welche aus jeder derselben ihren Ursprung nehmen. Seine Verwandten von beiden Linien müssen also auf eine gleiche Weise zur Nachfolge berufen werden, und damit nicht eine von der andern gänzlich ausgeschlossen sey, so läßt auch der Gesetzentwurf, in Ermangelung von Kindern oder Nachkömmlingen, den nächsten Verwandten von der väterlichen und den nächsten Verwandten von der mütterlichen Seite zur Erbfolge.

So will es der Wunsch der Natur, in Uebereinstimmung mit der Gerechtigkeit **)."

---

*) Motifs. T. IV. p. 191.

**) *Maleville*, (Analyse, T. II. p. 184.) sagt dagegen: "... la famille du défunt est composée de ses proches, et non des parents du dixième degré, qu'il ne connoit peut-être pas, et auxquelles il n'auroit eu garde de destiner ses biens. C'est

Ueberdem knüpft man solchergestalt die Bande, welche zwey Familien verbinden, enger, indem man ihnen eine wechselseitige Erbfolge gestattet.

---

contre son voeu, c'est contre celui de la nature, qu'on les leur donne de préférence à ceux avec lesquels il étoit lié par la proximité du degré et par l'habitude. On dit, que c'est pour soutenir les familles; mais il est bien plus urgent et plus direct de soutenir la famille du défunt, que cette famille éloignée qui ne devoit pas y compter, et qui doit se soutenir de son côté par la succession à ses proches."

Ich gestehe es, ebenfalls in dieser Linealabtheilung etwas unnatürliches, und die Grundsätze der Römischen Legislation in dieser Materie, mit der gewöhnlichen Denkart der Menschen weit mehr in Harmonie zu finden. Wer wird, unter übrigens gleichen Umständen, einen nahen väterlichen Verwandten, der überdem seinen Nahmen führt, z. B. des Vaters Bruder, nicht vor einem mütterlichen im 12ten Grade einen entschiedenen Vorzug geben? Handelt also das Gesetz nicht gegen den vermuthlichen Willen des Erblassers, wenn es in diesem Falle die Erbschaft in zwey gleiche Theile theilt! Und doch soll, auch selbst nach dem neuen Französischen Rechte, der vermuthliche Wille des Erblassers die Basis der gesetzlichen Erbfolge-Bestimmung seyn. "On s'écarta ainsi tout de suite de la règle qu'on avoit commencé par établir, que les successions devoient se déférer selon l'ordre de la nature, et l'affection

Hat nun aber einmahl diese Theilung der Erbschaft zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie statt gefunden, so darf man keine andere mehr unter den verschiedenen Zweigen einer jeden Linie veranstalten.

Das System der Theilung und Wiedertheilung, welches man in dem Gesetze vom 17. Nivose II. zu erblicken geglaubt hatte, würde das Recht zur Erbfolge zu sehr ausgedehnt haben, und ein jeder Nachlaß würde in eine Menge kleiner Theile zerstückelt worden seyn.

---

présumée du defunt. Contre le voeu de l'un et de l'autre, il peut se trouver qu'un parent très-éloigné du côté maternel partagera la succession avec le père au la mère, ou le cousin germain paternel du défunt." (*Maleville.*)

Ich halte folgende Erbfolge-Ordnung für die natürlichste:

1ste Classe: Descendenten (auf die Römische Weise), der Ehegatte mit Kindestheil.

2te Classe: Ascendenten (auf Römische Weise), jedoch so, daß sie, bey dem Vorhandenseyn von Geschwistern oder deren Descendenten, nur den Nießbrauch ihres Antheils erhielten. Geschwister und deren Descendenten (auf französische Weise). Halbgeschwister erhielten eine halbe Geschwisterportion.

3te Classe: die übrigen Verwandten, nach der Nähe des Grades, doch so, daß, bey einem gleichen Grade, stets der Verwandte von der Seite des Vaters den Vorzug erhielte.

In jeder Linie wird der nächste Verwandte, dem Grade oder der Repräsentation nach, der einzige Erbe, ohne daß man in die einzelnen Zweige der Linie herabsteigen darf, um hier noch einmahl den Unterschied zwischen väterlichen und mütterlichen Verwandten in dieser Linie geltend zu machen: jener nächste Verwandte möge von der einen oder der andern Seite, oder von beiden zugleich herstammen, wenig wird es hierauf ankommen, wenn er in der Linie nur der nächste Verwandte des Verstorbenen ist" *).

Wäre es möglich, nach dieser officiellen Entwickelung der Beweggründe und des Geistes des Gesetzes, noch daran zu zweifeln, daß, geschah einmahl die erste Theilung des Vermögens für die väterliche und für die mütterliche Seite, es dann in diesen gar keine Untertheilungen mehr geben solle, es mögen solche nun in Beziehung auf Nebenlinien oder auf das

---

*) "Dans chaque ligne le plus proche en degré, ou de son chef, ou par représentation, sera seul héritier, sans descendre jusqu'au diverses branches de la ligne, pour y faire encore la distinction de parens paternels et de parens maternels dans cette ligne; qu'il soit de l'un ou de l'autre côté, ou de deux à la fois, peu importe, pourvu qu'il soit dans la ligne le plus proche du défunt."

Repräsentationsrecht*) veranstaltet werden: so müßte auch jeder Schatten eines Zweifels verschwinden, wenn man dasjenige in Betracht zieht, welches über diesen Gegenstand der damahlige Tribun H. Simeon (nachheriger Staatsrath des Französischen Reichs und jetzt Justizminister des Königreichs Westphalen) vor der gesetzgebenden Versammlung Frankreichs sagte. "Ist einmahl (so druckte derselbe sich aus) die Theilung zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie veranstaltet, so giebt es keine Untertheilungen für die einzelnen Zweige dieser Linien ferner. Auf diese Weise verstopft man eine unglückbringende Quelle von Anmaßungen und Ungebührlichkeiten. In einigen Gewohnheitsrechten hatte man den Scrupel, die Rechte einer jeden Linie aufzusuchen, so weit getrieben, daß man in jeder Untertheilung stets väterliche und mütterliche Verwandten zu finden sich bestrebte; man stieg herauf, bis man sie endlich fand, welches man alsdann mit dem Nahmen einer Wiederspaltung (refente) belegte. Diese kleinliche Subtilität war in das Gesetz vom 17ten Nivose übergegangen, und schien von demselben angenommen zu seyn. Einige Rechtsgelehrte suchten jedoch Vortheil von der wenigen Deutlichkeit, welche hin und wieder in diesem Gesetze herrscht, zu ziehen, und fanden, indem sie die Inconvenienzen

---

*) Die Ausnahmen in der letzten Hinsicht sind bekannt. Art. 740. C. N.

einer fast in's Unendliche gehenden Theilung zu vermeiden suchten, in dem Texte des Gesetzes selbst Gründe für die entgegengesetzte Meinung. Die Weisheit des Cassationsgerichts sanctionirte ihr Bestreben, und bereitete so in dem Gesetzbuche den Platz für eine Verordnung, welche auf beständig jenes monstruöse System verbannt. Es konnte dieses tausende von einzelnen Personen zu der Theilung einer Erbschaft berufen, und hundertfältig den Werth derselben für Aufsuchung von Urkunden, Verfertigung von Stammbäumen und Unkosten aller Art verzehren helfen" *).

Sollte man es glauben, daß, da der Sinn des neuen Gesetzes so deutlich entwickelt war, dessen ungeachtet noch Streit, über denselben hätte entstehen können? Es war dieses der Fall: denn welches Gesetz ist den Rechtsgelehrten deutlich genug abgefaßt? Man stützte sich auf die Worte des Art. 733. C. N.; "Les *parens* utérins ou consanguins ne sont pas exclus des germains"; und behauptete, daß, wenn die Absicht des Gesetzes gewesen wäre, nur eine Linealabtheilung zuzulassen, dann dasselbe unstreitig sich statt des Wortes *parens* der Ausdrücke frères et soeurs bedient haben würde; alsdann würde jedoch eine Verordnung zwey mahl in dem Gesetzbuche, nemlich in dem Art. 733. und dem Art. 752, enthalten seyn. So müsse man also annehmen, daß der erste

*) Motifs et rapports. T. IV. p. 237.

Artikel die allgemeine, der letztere aber die specielle Verordnung enthielte. Noch wahrscheinlicher würde dieses, wenn man berücksichtigte, daß in dem Entwurfe des Gesetzbuchs der §. 2. des Art. 733. gelautet habe: les frères et soeurs utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les frères ou soeurs germains, daß man aber bey der endlichen Abfassung statt frères et soeurs, parens gesetzt habe *). Das im Art. 734. C. N. enthaltene Verboth der refente beziehe sich daher offenbar nur auf die im Gesetze vom 17ten Nivose verordnete beständige Unterabtheilung, auf den Grund des Repräsentationsrechts, welche es abschaffe.

Diese Ansicht ist jedoch irrig. Das Gesetz verordnet die Theilung der Erbschaft in zwey Theile. Den einen Theil erhalten diejenigen Personen, welche dem Erblasser durch seinen Vater, den andern die, welche ihm durch seine Mutter verwandt sind. Es kann Personen geben, die nur eine einseitige, andere welche eine doppelseitige Verwandtschaft geltend machen können. Die ersten heißen parens utérins oder consanguins (je nachdem ihr Verwandtschafts-Verhältniß durch die Mutter oder den Vater des Erblassers begründet wird), die andern parens germains.

---

*) *Jouanneau* et *Solon* Discussions, sur l'art. 733. In dem Projecte so wie es dem Tribunat mitgetheilt ist, befindet sich jedoch schon die jetzige Redaction. Procès-verbaux. T. II. p. 400. art. 17.

Beide erben, jede in ihrer, und also die letztern in zwey Linien, ohne daß jedoch diese die erstern ausschlössen. Es ist auch nicht nöthig, daß dieses gerade Geschwister oder deren Nachkommen seyn; auch andere Seitenverwandte können zugleich in der väterlichen und in der mütterlichen Linie figuriren, und haben sodann das Recht, doppelt gezählt zu werden. Die Redaction "parens" war also nothwendig *).

Nach diesen Grundsätzen entschied der Appellationshof zu Brüssel, am 20ten April 1809, eine Streitsache, worin für die Wiederabtheilung in Unterlinien die oben angeführten Gründe geltend gemacht wurden **).

"In Erwägung, daß, nach dem Art. 734. C. N., wenn die Theilung in Linien einmahl statt hatte, dann keine Untertheilungen für die Zweige der Linien ferner statt finden;

daß, da die Theilung nach den Köpfen geschieht, auch jede Person in ihrer Linie ***) nur einen Theil bekömmt, woraus folgt, daß es gleichgültig ist, ob

---

*) Vergl. Mackeldey, Theorie der Erbfolgeordnung. S. 76.

**) Jurispr. du C. N., T. XIII. p. 224. *Lassaulx*, Annalen, Band V. Heft. I. S. 88. *Sirey*, T. XII. 1812. II. Cah. 5. p. 197.

***) "das sa ligne." Es versteht sich also, daß wenn jemand sein Recht in beiden Linien geltend machen kann, dann er auch in beiden Linien mitgezählt werde.

die Appellanten zu der Linie eines oder mehrerer Häupter *) gehören;

Verwirft. . ."

Nicht nur aber in Frankreich, sondern auch bereits in Westphalen, war die gegenwärtige Materie der Gegenstand der Erörterung der Rechtsgelehrten.

Herr Brinkmann, vortheilhaft durch sein Werk "die Erbfolge nach dem C. N." **) bekannt, hatte bereits in den Oesterleyschen Magazin ***) die Meinung vertheidigt, welche er in jenem Werke †) auf's Neue zu begründen sucht, daß, bey bereits geschehener Linealtheilung des Vermögens, dessen ungeachtet, auch in den Linien die duplicitas vinculi zu beachten

---

*) Nemlich in einer und derselben Linie.

) Göttingen, 1812. *) Thl. III. p. 395.

†) S. 240. ff. "Ich glaube nemlich (so drückt sich Herr Brinkmann aus), daß allerdings die vollbürtigen nicht privilegirten Seitenverwandten einen Vorzug vor den Halbbürtigen haben, daß aber dieser Vorzug sich nur auf die Theilung unter Personen desselben Grades erstrecke. Es muß daher, wenn vollbürtige nicht privilegirte Seitenverwandte mit halbbürtigen von gleichem Grade zusammentreffen, außer der ersten Haupttheilung noch eine weitere Vertheilung unter die vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten vorgenommen werden; die vollbürtigen Verwandten participiren in beiden Linien, wodurch sie mit dem Erblasser zusammenhängen, die halbbürtigen nur in ihrer Linie."

sey. Es stützt sich dieser Gelehrte vorzüglich auf den Nachsatz des 734. Art.: "mais la moitié devolue à chaque ligne apartient à l'heritier le plus proche en degrés, sauf le cas de la représentation." Es schiene nicht undeutlich diese Bestimmung blos so viel zu bezwecken, daß die nach der vorigen Gesetzgebung zu Gunsten der nicht privilegirten Seitenverwandten statt gefundene Repräsentation solle aufgehoben werden, daß mithin eine Theilung nach Stämmen, eine Folge der nach dem C. N. nur bey Descendenten oder privilegirten Seitenverwandten statt findenden Repräsentation, unter den nicht privilegirten Seitenverwandten keinesweges statt finden, vielmehr eine Theilung nach Köpfen, wobey man blos auf die Nähe des Grades siehet, eintreten solle. Diese Ansicht gewinne noch dadurch, daß es im Artitel 734. laute: il ne se fait plus de division entre les diverses *branches*. Es verstehe aber der C. N. unter branches nichts anders, als Zweige oder Aeste, welche sich aus einem Stamme gebildet haben; so sagte der Art. 743. ausdrücklich: "si une même souche a produit plusieurs *branches*."

Dieser Entwickelung ist jedoch, wenn auch nicht aus der Geschichte des Gesetzes bereits das Gegentheil bekannt wäre *), entgegen zu setzen: daß nicht

---

*) Man kann es nur einem Zufalle zumessen, daß Herr Brinkmann, der in seinem Werke mit einem lo-

anzunehmen steht, daß der Gesetzgeber, während er sich mit der Linealabtheilung beschäftigt, nun auf einmahl, in demselben Artikel, auf eine ganz verschiedene Materie, das Verboth der Repräsentation in den Nebenlinien kommen sollte, daß vielmehr anzunehmen, daß die Worte: "il ne se fait *plus* de division", sich auf die Art der Theilung beziehen, wovon eben die Rede war, und daß das Wort *branches* nichts weiter als Nebenlinien in einer Hauptlinie bedeutet, ja sogar oft mit dem Worte *ligne* ganz gleichbedeutend ist *).

---

benswerthen Fleiße auf die Quellen des Gesetzes und auf die darüber bereits vorhandenen Hülfsmittel Rücksicht genommen hat, bey dieser speciellen Materie nicht die officiellen Reden, wodurch die Bewegungsgründe des Gesetzes der französischen gesetzgebenden Versammlung entwickelt wurden, zu Rathe zog: gewiß würde er dann sofort seine Meinung aufgegeben haben.

Uebrigens wird auch diese kleine Controverse den Nutzen hervorbringen, auf das Wesen der Linealabtheilung recht aufmerksam zu machen, welches ein jeder, der die charakteristische Eigenschaft der französischen Erbfolge sich vollkommen zu eigen machen will, sich nicht tief genug einprägen kann.

*) Encyclopédie méthodique par *Diderot* et *D'Alembert*. "Branche (terme de droit et de coutume) se dit par métaphore des differentes lignes qui constuent la parenté: ainsi on dit

Ich unterlasse es, noch Mehreres von den Gründen des Herrn Brinkmann, und wie sie zu widerlegen seyen, anzuführen, da er bereits in dem Herrn Tribunal-Assessor Planck einen seiner würdigen Gegner gefunden hat.

Die über den gegenwärtigen Gegenstand von diesem viel versprechenden jungen Gelehrten abgefaßte Abhandlung: Ist nach dem C. N. bey den zur Erbfolge berufenen Seitenverwandten, welche weder Geschwister noch Descendenten derselsind, kein Unterschied zwischen voller und halber Geburt *)? Ist als ein, die gegenwärtige Materie erschöpfender Aufsatz anzusehen, zu dessen Lesung ich jeden Rechtsgelehrten einladen zu müssen glaube.

Uebrigens ist die hier als die richtige dargestellte Beantwortung der Frage der Meinung sämmtlicher Schriftsteller über diese Materie, und vorzüglich Chabot's (de l'Allier), des classischen Schriftstellers für dieselbe gemäß **); so wie sie auch in der hier nach-

---

ligne ou branche paternelle, pour designer les parens du côté du père, ligne ou branche maternelle ... branche directe, collaterale ..."

Vergl. über die drey verschiedenen Bedeutungen des Worts Linie im juridischen Sprachgebrauche Herrn Ritter Hugo's Vorrede zu Herrn Brinkmann's Erbfolge, S. X. Not. 1).

*) Oesterley, Magazin. Th. IV. S. 338.

**) *Chabot de l'Allier*, commentaire sur les successions, Vol. I. pag. 54; *Jurisprudence* du C. N.

folgenden Sache durch ein Erkenntniß der ersten Section des Appellationshofes bestätigt ist *).

Der Kaufmann Friedrich Harder, einziger Sohn des vor ihm verstorbenen Christoph Hieronymus Harder, starb am 16. May 1811 ohne Testament, und ohne weder Kinder, Aeltern noch Geschwister zu hinterlassen. Sein Nachlaß mußte also, für seine Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite, in zwey gleiche Theile getheilt werden. Die Verwandten der mütterlichen Seite nahmen die ihnen zukommende Hälfte, ohne unter sich darüber in Streit zu gera-

---

T. XIII. 216. *D'Avincourt* institutes, de droit civil français. Vol. II. p. 31.

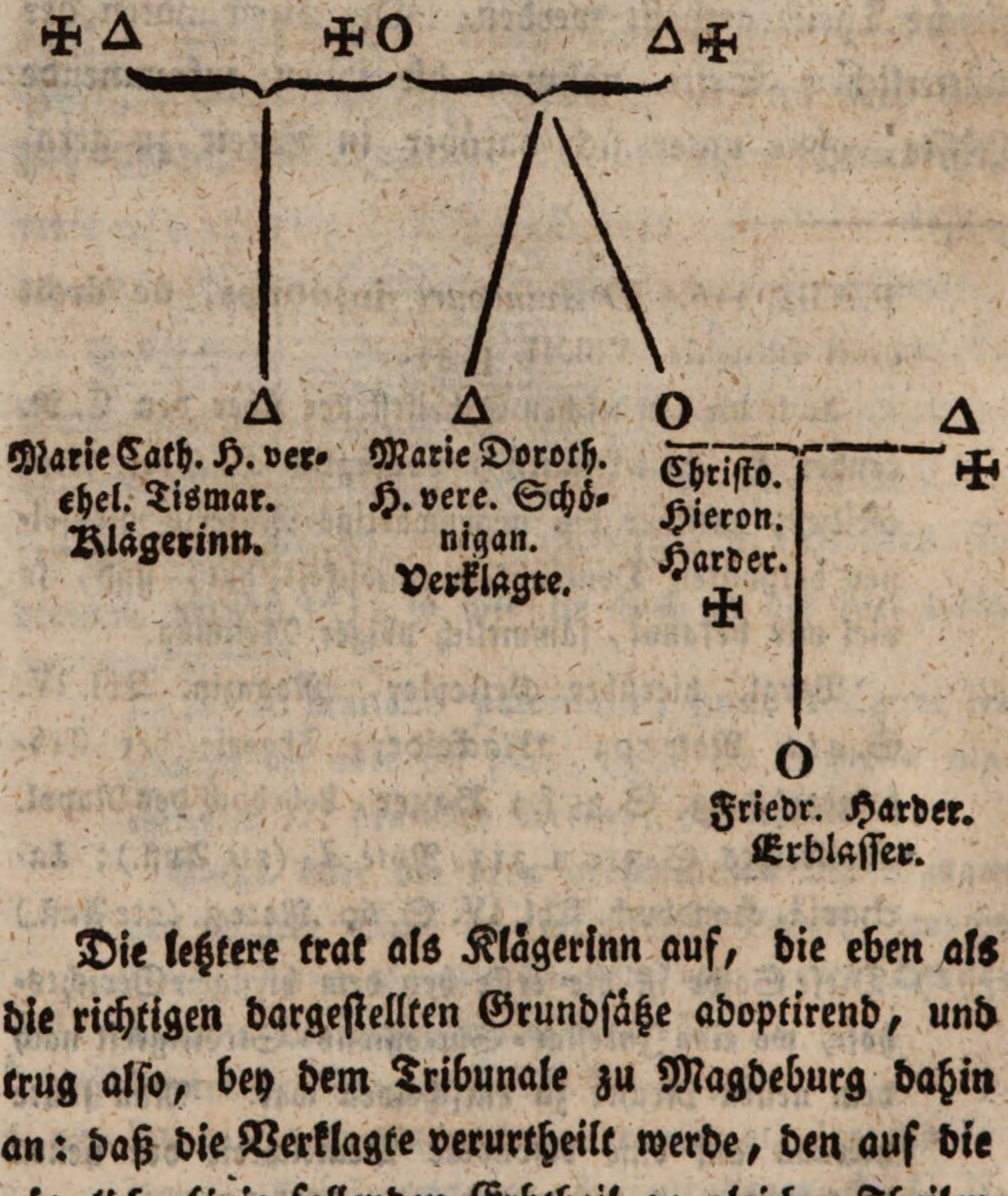
Auch die Deutschen Schriftsteller über den C. N. (außer H. Brinkmann), vorzüglich H. Prof. Mackeldey, welcher die gegenwärtige Materie mit seiner bekannten Deutlichkeit entwickelt hat, sind, so viel mir bekannt, sämmtlich obiger Meinung.

Vergl. hierüber Oesterley, Magazin. Thl. IV. S. 412. Note 59; Mackeldey, Theorie der Erbfolgeordnung. S. 35 f.; Bauer, Lehrbuch des Napol. Civilrechts. S. 310 u. 311. Note *d.* (2te Aufl.); Zachariä, Handbuch. Thl. IV. S. 60. Note 3. (2te Aufl.)

*) Diese Sache ist die erste bey dem hiesigen Gerichtshofe, wo eine Intestat-Successions-Streitigkeit nach dem neuen Rechte zu entscheiden war. Man sollte hieraus auf eine besondere Deutlichkeit der neuen Gesetzgebung in dieser Materie schließen.

then, in Empfang, und wir können diese also gänzlich außer Acht lassen.

Nicht so verhielt es sich auf der väterlichen Seite. Hier befand sich Marie Dorothee Harder verehelichte Schönigan, einzige vollbürtige Schwester des Vaters des Erblassers, und Marie Catharine Harder verehelichte Tismar, Halbschwester des Vaters des Erblassers.



Die letztere trat als Klägerinn auf, die eben als die richtigen dargestellten Grundsätze adoptirend, und trug also, bey dem Tribunale zu Magdeburg dahin an: daß die Verklagte verurtheilt werde, den auf die väterliche Linie fallenden Erbtheil zu gleichen Theilen

mit ihr zu theilen. Die Verklagte, gänzlich die von Herrn Brinkmann aufgestellte Theorie sich zu eigen machend, gestand dahingegen der Klägerinn nur den vierten Theil des auf die väterliche Seite fallenden Erbantheils zu, sich selbst drey Theile zueignend. Es würde höchst überflüssig seyn, von den Angrifs- und Vertheidigungsgründen der Parteien etwas anzuführen: die ersten waren lediglich aus den Worten des Gesetzes, (Art. 734. C. N.), die andern aber, mit allen Allegaten, womit sie ausgeschmückt waren, aus der Abhandlung des Hrn. Brinkmann entlehnt.

Das Tribunal zu Magdeburg entschied den Streit durch folgendes schön abgefaßtes Urtheil.

"Nach Ansicht der Art. 733. 734. 752. 753. Code Napoleon:

In Erwägung, daß nach den beiderseitigen Zugeständnissen der Parteien, der Kaufmann Friedrich Harder, über dessen Nachlaßtheilung von ihnen gestritten wird, am 16ten May c., ohne letztwillige Verfügung und ohne Descendenten oder Ascendenten zu hinterlassen, verstorben ist, daß derselbe als Seitenverwandte mütterlicher Linie die Geschwister Steinert, als Seitenverwandte väterlicher Linie nur die Klägerinn und die Beklagte, die erste eine Halbschwester, die zweyte eine vollbürtige Schwester des Vaters des Erblassers, hinterlassen hat;

daß Klägerinn und Beklagte mit dem Erblasser in gleichem Grade verwandt sind, daß endlich beide den

Geschwistern Steinert die ganze auf die mütterliche Linie des Erblassers fallende Hälfte des Nachlasses zugestehen, und der Gegenstand des Rechtsstreites nur die Frage ist:

ob Klägerinn und Beklagte den auf die väterliche Linie des Erblassers fallenden Antheil des Nachlasses zu gleichen Theilen erhalten, oder ob die Beklagte, als vollbürtige Schwester des Vaters des Erblassers, drey Viertheile, die Klägerinn, als Halbschwester des Vaters des Erblassers, nur ein Viertheil jenes Antheils fordern könne?

In Erwägung, daß die Stelle, an welcher sich die Vorschrift des Art. 733. des C. N. findet,

"die halbbürtigen Verwandten, von der Mutter „oder dem Vater her, werden durch die voll„bürtigen Verwandten nicht ausgeschlossen, doch „gelangen sie nur in ihrer Linie mit zur Thei„lung; vollbürtige Verwandte erhalten in bei„den Linien ihren Antheil",

der Platz, der ihr zwischen den beiden Dispositionen desselben Artikels,

"jede Erbschaft, welche den Ascendenten oder „Seitenverwandten zufällt, wird in zwey gleiche „Theile getheilt, einen für die Verwandten der „väterlichen, den andern für die Verwandten der „mütterlichen Linie",

und

"von einer Linie kann an die andere nur als-
„dann etwas fallen, wenn sich in einer von bei-
„den Linien weder Ascendenten noch Seitenver-
„wandte befinden",
angewiesen ist;

die darauf folgende Bestimmung des Art. 734. und die Beziehung, in welcher der Art. 733. mit den Art. 752 u. 753. steht, zu erkennen geben, daß das Gesetz unter dem in jener Bestimmung gebrauchten Ausdrucke: "Linie", durchaus keine andere Linie versteht, als die väterliche und mütterliche Linie des Erblassers, nicht Unterabtheilungen dieser beiden Hauptlinien; daß in jener Disposition nur von der ersten Vertheilung des Nachlasses in die väterliche und mütterliche Linie des Erblassers, also davon die Rede ist, daß bey dieser ersten Vertheilung Verwandte, welche sowohl mit dem Vater, als mit der Mutter des Erblassers verbunden sind, sowohl in der väterlichen, als in der mütterlichen Linie des Erblassers zur Succession gelangen, und daher einen Vorzug vor den Verwandten haben, welche nur mit dem Vater oder mit der Mutter des Erblassers verbunden sind, und daher nur in der einen, der väterlichen oder mütterlichen Linie des Erblassers, succediren; daß das Gesetz folglich von einem Unterschiede unter solchen Verwandten nicht spricht, welche, wie beide jetzt streitenden Theile, nur in der einen Linie des Erblassers (der väterlichen) zur Succession kommen;

In Erwägung ferner, daß der Art. 734. verordnet:

"nach der ersten Vertheilung unter die väterliche
„und mütterliche Linie hat keine weitere Vertheilung in die verschiedenen Stämme statt, sondern die einer jeden Linie zugefallene Hälfte gebühret dem oder den, dem Grade nach ersten „Erben, mit Ausnahme des Falls der Repräsentation",

der Fall der Repräsentation aber hier nicht eintritt;

daß, nach allem Angeführten die den halbbürtigen Verwandten nachtheilige Bestimmung des Art. 733. C. N. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, in welchem Fall nicht von der ersten Vertheilung in die väterliche und mütterliche Linie, sondern von der weitern Vertheilung des Antheils der väterlichen Linie die Rede ist, und bey dieser zweyten Vertheilung nicht ein doppeltes oder einfaches Band, welches mit des Erblassers Vater verbindet, sondern nur die Nähe des Grades, in welchem die Nachlaß-Prätendenten mit dem Erblasser verwandt sind, zur Untersuchung kommen darf, beide jetzt streitende Theile aber mit dem Erblasser in gleichem Grade verwandt sind, daher auch gleiche Antheile an der auf die väterliche Linie des Erblassers gefallenen Erbportion erhalten müssen;

In Erwägung endlich, daß der Zweck des gegenwärtigen Rechtsstreites dadurch hinreichend erfüllt wird, wenn der Klägerinn ein gleicher Antheil mit der Be-

klagten an dem Harderschen Nachlasse zugesprochen wird, Klägerinn aber zu weit geht, wenn sie ihren Antrag auch dahin richtet, ihr den vierten Theil des ganzen Nachlasses zuzuerkennen, da ein solches Erkenntniß ein Verfahren zwischen sämmtlichen Harderschen Erben, nicht bloß zwischen Klägerinn und Beklagten, voraussetzte;

Erkennt das Tribunal in erster Instanz:

"daß Beklagte verbunden, den auf die väterliche Linie fallenden Erbtheil aus dem Nachlasse des verstorbenen Kaufmannes Friedrich Harder, zu gleichen Antheilen mit der Klägerinn zu theilen, auch die Kosten des Processes zu tragen und zu erstatten."

Diese Sentenz ist am 19ten August 1812 von der ersten Section des Appellationshofes gänzlich bestätigt.

Urtheil.

Die erste Section des Appellationshofes,

Nach Ansicht der Artikel 733. 734. 752 und 753. des C. N.;

In Erwägung, daß der Art. 734. es deutlich besaget, daß, wenn die erste Vertheilung unter der väterlichen und mütterlichen Linie einmal geschehen, sodann keine weitere Abtheilung in den verschiedenen Stämmen statt haben, sondern die einer jeden Linie angefallene Hälfte dem oder den, dem Grade nach nächsten Erben anfallen solle;

In Erwägung, daß auch die Jurisprudenz des Cassationshofes zu Paris, nach Maaßgabe der von dem Redner der Regierung mitgetheilten Bewegungsgründe des Gesetzes, (T. IV. S. 191 der Motifs du C. N.) diesem gemäß entschieden hat, und auch von Chabot, (im Commentar über die Erbfolge zum Art. 734. No. 2.) die angezogene Gesetzesstelle eben also verstanden wird;

In Erwägung, daß in substrato die Vertheilung zwischen der väterlichen und mütterlichen Linie bereits geschehen, mithin die Beklagte und Appellantin, behuf einer weitern Theilung, das Verwandtschafts-Verhältniß gegen ihre halbbürtige Schwester, die Klägerin und Appellatinn, nicht weiter dahin geltend machen kann, daß sie sich von der der väterlichen Linie zugefallenen Hälfte drey Viertheile zueignen, der Appellatinn aber nur ein Viertheil zukommen lassen will;

In Erwägung, daß diese der Appellantinn Intention so wenig in dem Art. 733. als in dem Art. 752. begründet ist, da jener nur von der ersten Theilung unter beiden Linien spricht, dieser aber nur von dem Falle zu verstehen ist, wo die halbbürtigen Geschwister von väterlicher oder mütterlicher Seite mit Vater und Mutter concurriren, und wo in solchem Falle dieser Concurrenz die halbbürtigen Geschwister in der ganzen Hälfte oder in den ganzen drey Viertheilen succediren, die das Gesetz für sie bestimmt, und alle übrigen Verwandte der andern Linie ausschließen *);

*) Vergl. Mackeldey, a. a. O. S. 43.

In Erwägung, daß sonach die rationes sententiae a qua für elidirt nicht zu halten sind, wenn gleich es an sich keinen Zweifel leidet, daß das Verhältniß der Voll- und Halbbürtigkeit alsdenn allemal hätte in Betracht kommen müssen, wenn bey der ersten Theilung in die väterliche und mütterliche Linie darauf hätte Bezug genommen werden können;

Erkennet:

daß wohl gesprochen, übel appellirt, die sententia a qua des Districts-Tribunals zu Magdeburg vom 24. September 1811 pure im Hauptwerke zu bestätigen, die Kosten der ersten Instanz aber sowohl als die in appellatorio aufgewandten aus bewegenden Ursachen gegen einander zu vergleichen.

Gegenwärtig die H. H. Rumann, erster Präsident, v. Jesterfleth, Dr. Böhmer, v. Ompteda, Stromeyer, v. Hinüber, v. d. Busche, Appellat.-Richter.

VI.

Gewerbesteuer. — Gewerbefreyheit. — Erbpacht *).

Hat der Erbpächter die Berechtigung, von dem Erbverpächter eine Gewährleistung des Ertrages der in Erbpacht gegebenen Grundstücke oder Gerechtigkeiten zu verlangen, wenn solcher Ertrag durch neue allgemeine gesetzliche Einrichtungen verringert wird?

Bey der Entscheidung der hier folgenden Sache erhielten die Grundsätze, welche der Cellische Appellationshof anwenden zu müssen glaubt, wenn von den Wirkungen der neuen constitutionellen Einrichtungen auf in Erbpacht gegebene Grundstücke und Gerechtigkeiten die Rede ist, (und welche in den Abhandlungen VI und XXXI. der Rechtswissenschaft des G. N. entwickelt sind), eine neue Erörterung, wodurch, wie

*) Die hier abgehandelte Materie hat nicht ein blos transitorisches Interesse, sondern ist noch dauernd practisch, da in vielen deutschen Ländern, nahmentlich im Braunschweigischen, Gewerbefreyheit und Gewerbesteuern eingeführt oder beybehalten sind.

mich dünckt, die Richtigkeit derselben noch mehr begründet worden *).

---

*) Auch der Französischen Jurisprudenz sind Erbpachten, welche im Ganzen denselben Character als die Deutschen Erbpachten haben, keinesweges fremd. Ihre technische Benennung ist Locatairie perpetuelle, und die Jurisprudenz nimmt an, daß durch sie ein, durch die Nichterfüllung der Verleihungs-Bedingungen, auflößliches Eigenthum auf den Erbpächter übergehe. (Que le bail à locatairie perpetuelle transfère la propriété, mais que le pacte commissoire est de sa nature.) Hat nun die Auflösung des Contracts, wegen jener Nichterfüllung statt, so erhält der Erbverpächter (bailleur à locatairie perpetuelle), wenn er sein Recht auch den Hypotheken-Registern nicht eintragen ließ, das in Erbpacht gegebene Grundstück von allen spätern Hypotheken frey zurück. Erkenntniß des Fr. Cassationshofes vom 18ten Jun. 1811. "Attendu que l'exécution du pacte-commissoire, dérivant du titre originaire, résout le contract *ab initio*, et par conséquent efface toutes les hypothèques intermédiaires." Vergl. Bibliothéque du Barreau II. Part. Tom. VII. No. XI. (Novembre 1811.) p. 422. — Auch in Westphalen wird nicht der Erbverpächter sein Recht, sondern vielmehr der Erbpächter das seinige inscribiren lassen müssen. — Das Wesen des Erbpachts-Verhältnisses in Deutschland, vorzüglich in dem nördlichen Theil desselben, ist von dem Herrn Dr. Vezin zu Osnabrück, (welchen wir bereits so manchen schätzbaren Beytrag zu der neuen Jurisprudenz verdanken),

Die Vorfahren des Kothsassen Christian Giffhorn zu Eickendorf und des Ackermannes Heinrich Niewerth zu Walbeck erbauten, vermöge einer von der General-Direction zu Berlin unter dem 8. August 1747 erhaltenen Concession, bey Eickendorf, im Fürstenthum Halberstadt, eine Windmühle, und versprachen dagegen der Halberstädtschen Cammer einen jährlichen Erbenzins-Canon von 11 Rthlr. Von einem Bannal-Mühlen-Rechte war in der Concession nicht die Rede.

Nachdem sie zur Wohnung des Müllers bey dieser Mühle ein kleines Haus aufgeführt, und dieses mit einem Garten versehen hatten, gaben sie solche Grundstücke, am 11ten April 1781, also zu einer Zeit, wo im Halberstädtschen die gemeinen Rechte annoch ihre Herrschaft ausübten, dem Windmüller Christoph Bosse in Erbpacht, welcher nicht nur die Entrichtung des Erbenzins-Canons an die Cammer übernahm, sondern sich auch zu einem jährlichen Erbpacht-

---

auf eine völlig genügende Weise entwickelt, in der Abhandlung über die Frage: "Kann ein Erbpächter, durch Auskauf der jährlichen Pachtsumme das Recht des Erbverpächters an sich lösen?" — Welche Frage mit Recht verneint wurde, und schon aus dem einfachen Grunde verneint werden mußte, daß der Erbpächter die Erbpacht lediglich für die ihm zum Eigenthume überlassenen Nutzungen giebt. Oesterley's Magazin, B. IV. S. 194 ff.

zins von 30 Rthlr. verpflichtete. Nachdem das Erbpachtrecht verschiedentlich, mit Bewilligung der Erbverpächter, von einer Hand in die andere gekommen, kam es endlich auf den Kläger, Christoph Friedrich Bliesener, welcher völlig in die Verpflichtungen seiner Vorgänger eintrat.

Nach der Bildung des Königreichs Westphalen und der Einführung der Patentsteuer im demselben, wurde bey Ettingen, in der Nähe der fraglichen Windmühle, noch eine andere erbaut. Der Müller Bliesener, glaubend, daß durch die constitutionelle Gewerbefreyheit und die Einführung der Patentsteuer, als Folge derselben, seine Rechtsverhältnisse gegen die Erbverpächter der fraglicher Windmühle verändert seyen, und daß er daher den Erbpachtzins von 30 Rthlr. ferner zu bezahlen nicht verpflichtet, erhob, im Februar 1810, vor dem Tribunale zu Neuhaldensleben gegen die Erbverpächter Klage, und verlangte, sich stützend auf den 207. §. Thl. I. Tit. 21. des Preußischen allgemeinen Landrechts (welcher lautet:

"Hat das Erbpachtstück in seinem Ertrage durch unvermeidlichen Zufall eine solche fortwährende Verringerung erlitten, daß die bestimmte Erbpacht daraus nicht mehr genommen werden kann: so muß dieselbe bis auf den wirklichen reinen Ertrag des Pachtstücks heruntergesetzt werden"),

daß der von ihm zu entrichtende Zins herabgesetzt werden möge; sich zu dem Beweise erbiethend, daß

seine Mühle wirklich eine solche Verringerung in ihrem Ertrage erlitten, daß daraus die Bezahlung des Erbpachtzinses von 30 Rthlr. nicht mehr erfolgen könne. Die Beklagten, um die Abweisung der Kläger mit ihrer Klage bittend, traten überdem reconveniendo auf, und richteten ihren Antrag auf drey Puncte:

1) den Kläger, da er behauptete, seine übernommene Verbindlichkeit der Bezahlung des Zinses nicht mehr erfüllen zu können, in Gemäßheit der Vorschriften des Landrechts, §. 304. Thl. I. Tit. 5., und des C. N., nach Aufhebung des Contractes, zur Zurückgabe der Mühle zu verurtheilen, wobey die in dem Contracte vom 11ten April 1781 über einen möglichen Rückfall bestimmten Bedingungen eintreten müßten.

2) Wenn diesem Antrage nicht gemäß erkannt werden könnte, ihnen zu erlauben, weil der Kläger, wegen des Geständnisses seiner Insolvenz, als ein unfähiger Besitzer angesehen werden müsse, nach den §§. 702 und 703. Thl. I. Tit. 21. des Preußischen Landrechts, die Mühle auf einen andern fähigen Besitzer zu übertragen.

3) Auf jeden Fall den Kläger zur Bezahlung des rückständig gewordenen Zinses zu verurtheilen.

Nachdem die Sache auf die gewöhnliche Weise verhandelt worden, erfolgte, am 26ten October 1810, von dem Tribunale zu Neuhaldensleben ein Erkenntniß, worin angenommen ward, daß die Einfüh-

rung der Patentsteuer mit ihren Folgen in der That für den Kläger einen unvermeidlichen Zufall enthalte: daher er denn zu dem Beweise, daß das Erbpachtgut dadurch eine solche Verringerung am Ertrage gelitten, daß es ihm unmöglich sey, den Canon zu bezahlen, zugelassen ward, dagegen die, unter den Nummern 1 und 2. bemerkten Anträge der Beklagten verworfen wurden. Der geforderte rückständige Erbpachtzins von 30 Rthlr. ward ihnen aber zuerkannt.

Die Beklagten appellirten gegen den Inhalt dieser Sentenz, in sofern sie ihnen nachtheilig war, und suchten vorzüglich die Anwendbarkeit der gemeinen Rechte in dieser Sache zu zeigen, indem der Contract, worein der Kläger durch Cession getreten, im Jahre 1781, also vor Einführung des allgemeinen Preußischen Landrechts im Halberstädtschen, abgeschlossen. Es sey bey der Abschließung jenes Contractes, im Jahre 1781, eine stillschweigende Bedingung gewesen, daß die nicht vertragmäßig bestimmten Pflichten ihre Norm von den damahls geltenden Römischen und gemeinen Deutschen Rechten zu empfangen hätten. Da nun die späteren Besitzer sämmtlich unbedingt in denselben Contract getreten; so müsse auch das Verhältniß, in welchem die Appellanten zu ihnen gestanden, nach den Gesetzen des ersten Contracts beurtheilt werden. Nachher suchten sie zu zeigen, wie die gemeinen Rechte ihnen das Wort redeten.

Die Appellaten erwiederten hierauf, daß, wenn auch das Preußische Recht keine Anwendung finden könne (obgleich dieses deßhalb der Fall seyn müsse, da zu der Zeit, als der jetzige Mühlenbesitzer in Erbpachtverhältnisse mit den Beklagten getreten, im Jahre 1806, das Preußische Landrecht im Halberstädtschen bereits geherrscht habe), dennoch auch die gemeinen Rechte den Appellanten keinen Nutzen würden schaffen können.

Die Erbpacht gewähre nie ein Nutzungseigenthum; woraus folge, daß der Erbpächter den Schaden nicht trage, welcher durch Zufall an dem Ertrage des in Erbpacht gegebenen Grundstücks entstehe, und daß der Verpächter den Pächter schadlos halten müsse, wenn letzterer sich der gepachteten Sache nicht gehörig bedienen könne. Es habe der Erbpachtcontract mit dem Erbenzinscontracte große Aehnlichkeit; nur daß der Erbenzinsmann wirklicher Nutzungseigenthümer, und daß der Erbverpächter in strengerm Sinne dominus des Erbpachtgrundstücks sey, und dennoch verordne: L. I. C. de jure emphyt. (L. IV. Tit. 66.) "Si tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum: hoc non emphyteuticario, cui *nihil* reliquum permasit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, imputetur." Hiermit stimme auch der C. N. überein, indem, nach

dem Art. 1234. deſſelben, Verbindlichkeiten durch den Verluſt und Untergang der Sache erlöſchen. Die Erbpacht ſey lediglich dadurch von der Zeitpacht unterſchieden, daß ſie auf die Erben übergehe *). In beiden ſey das Pachtgeld den Nutzungen angemeſſen, welches aber bey der Emphyteuſis nicht der Fall, daher ſey es ſowohl den Rechten als der Billigkeit gemäß, daß, gleichwie der Verpächter von den Nutzungen einen ihnen angemeſſenen Zins erhalte, auch der Pächter, wenn die Nutzungen ganz oder zum Theil verlohren gegangen, von dem Pachtzinſe ganz oder zum Theil befreiet werde. Es ſey hier nicht von einem damno particulari, ſondern von dem gänzlichen Untergange des Hauptgegenſtandes des Contractes die Rede: denn ſo wie, z. B., das Recht ausſchließend an einem Orte eine Apotheke zu beſitzen, der Hauptgegenſtand, das Haus aber, worin ſie befindlich, nur ein geringes accessorium ſey: ſo wäre auch die Mühlengerechtigkeit, oder das ausſchließende Recht, in einem gewiſſen Bezirke allein, oder mit andern beſtimmten Müllern zu mahlen, das principale **). Ehemahl wäre der Kläger in einem großen Bezirke der

---

*) Dieß thut auch die letztere, und es möchte daher der Unterſchied anders zu beſtimmen ſeyn.

**) Von der Verleihung eines ſolchen abſoluten oder relativen ausſchließenden Rechtes war aber weder in der Conceſſion des General-Directorii noch in dem Erbpachtcontracte die Rede.

einzige Müller gewesen, und nach der bekannten Preußischen Verfassung sey keinem erlaubt, eine neue Mühle anzulegen, wenn nicht die in der Nähe befindlichen Müller eingewilligt hätten, oder es sich, durch eine genaue Untersuchung ergeben, daß die bestehenden Mühlen das für die Gegend erforderliche Getraide zu vermahlen unzureichend seyen.

Jetzt, nachdem es, nach der Patenteinrichtung, jedem Müller erlaubt, sich eine Mühle zu bauen, vertheile sich die Nahrung so sehr, daß selten jemand, mit einer Mühle, mehr als seinen Lebensunterhalt zu verdienen vermöge. Einen jährlichen Canon, oder etwas darüber zu erwerben, daran sey nicht weiter zu denken *); und wäre dieses bey dem Kläger um so mehr der Fall, als, nach angestellter Klage, noch Mühlen zwischen Wegenstedt und Calvörde, eine kleine halbe Meile von Eickendorf, und bey Miesterhorst, eine halbe Meile von Eickendorf angelegt seyen.

Das Recht eine Mühle zu halten, sey im Preußischen, Braunschweigischen, Lüneburgischen u. s. w. ein Privilegium gewesen. Dieses habe der Gegenstand einer Erbpacht seyn können; es sey dieses vorliegend der Fall gewesen: das Privilegium sey untergegangen,

*) Wenn dieses die Folge der Gewerbefreyheit gewesen, so würde sie die unglücklichste Einrichtung seyn, die sich nur denken ließe. Doch hat man von dieser Folge nichts im Königreiche Westphalen verspührt.

wo denn nun annoch das Object des Erbpachtcontracts vorhanden wäre?

Uebrigens habe durch die Erbpacht der Erbpächter das Recht erhalten, die ihm verliehenen Grundstücke perpetuirlich zu benutzen. Dieses Recht könne ihm nur dann genommen werden, wenn nicht unvermeidlicher Zufall, sondern er selbst die Ursache sey, daß der bedungene Erbpachtcanon nicht entrichtet werden könne. Die Gesetze, welche von der Auflösung des Erbpachtcontracts, wegen der Unfähigkeit des Inhabers redeten, könnten also hier, wo der Kläger an dem Verfall der Mühlennahrung unschuldig sey, keine Anwendung finden. Er böthe also um Verwerfung der Appellation.

Die zweyte Section des Appellationshofes, getreu den schon mehrmahl angewandten, und (Seite 51 f. und 434 f. Thl. I. der Rechtswissenschaft des Gesetzb. Nap.) bereits anderweitig entwickelten Grundsätzen, sah jedoch in dem vorliegenden Falle einen wahren Deutschen Erbpachtcontract, dessen Gegenstand nicht eine Bannal-Mühlengerechtigkeit, sondern eine Mühle mit einigen Pertinenzien sey, deren Benutzungsrecht in das Eigenthum des Erbpächters, nach dem Wesen jenes Deutschen Instituts, übergegangen. Lag nun gleich die Garantie der Substanz, der Mühle und ihrer Pertinenzien, dem Erbverpächtern ob; so hatte doch der Erbpächter denjenigen Schaden allein zu tragen, den die Nutzungen gelitten haben konnten.

Mühle und Pertinenzien waren unversehrt geblieben, selbst die Gerechtigkeit (welches, da hier von keinem Monopole die Rede war, doch nichts weiter heißen kann, als die Befugniß — Facultät —) zu mahlen, war nicht gekränkt, sondern nur mit einer mäßigen Abgabe *) belegt; eine Bannal-Mühlengerechtigkeit war aber nie der Gegenstand des Erbpachtcontracts gewesen, und hatte es nicht seyn können, da durch die ursprüngliche Concession dem Erbverpächtern eine solche Gerechtigkeit nicht verliehen war.

Freilich enthält das allgemeine Preußische Landrecht die Bestimmung, daß, wenn das Erbpachtstück in seinem Ertrage, durch unvermeidlichen Zufall, eine solche fortwährende Verringerung erlitten, daß die bestimmte Erbpacht daraus nicht mehr genommen werden kann, dann diese bis auf den wirklichen reinen Ertrag herunter gesetzt werden müsse; aber theils konnte die Preußische neuere Legislation in dieser Sache, welche ihre Bestimmungen durch die zur Zeit des geschlossenen Contractes geltenden gemeinen Rechte empfangen mußte, nicht angewendet werden; theils würde die bemerkte Vorschrift auch in der Entscheidung nichts

---

*) Die Müller, welche oberschlächtige Wassermühlen, Wind- oder Sägemühlen von einem Gange besitzen, bezahlen jährlich vier Franks oder einen Rthlr. acht Pf. Conventionsgeld; eine Abgabe, welche man doch nicht anders als mäßig nennen kann. Gesetz-Bülletin 1810. I. Thl. S. 157.

haben verändern können, wenn sie auch anwendbar gewesen wäre, da das Erbauen neuer Mühlen in der Gegend der in Erbpacht gegebenen wohl nicht für einen unvermeidlichen Zufall angesehen werden konnte. Es war die Folge eines dem Staate stets zugestandenen Rechtes, dessen Nichtausübung dem Kläger nicht versprochen war.

Ganz anders hätte sich die Sache verhalten, wenn dem Kläger ein Bannal-Recht als Erbpacht eingethan gewesen wäre; dann würde unstreitig die Entscheidung eben so haben ausfallen müssen, als in dem in der XXXIsten Abhandlung des 1ten Theils meiner Rechtswissensch. des G. N. mitgetheilten Rechtsstreite der Fall war. Ein Bannal-Privilegium enthält, seinem Wesen nach, die Zusage, keine ähnliche Privilegien in dem Bannal-Bezirke zu ertheilen. Geht ein solches Recht unter, so ist nicht der Ertrag der Erbpacht verringert, sondern das Object derselben ist vernichtet, und wird das Recht nachher dennoch von dem Erbpächter, vermöge eines Patents, ausgeübt, so verdankt er dieses dem Patente und nicht dem Erbpachtcontracte. Ein Non-ens kann aber nicht der Gegenstand eines Contractes seyn.

Hier aber war keine Bannal-Mühlengerechtigkeit, sondern eine Mühle, mit dem Rechte darin zu mahlen, verliehen; die erste bestand und das zweite nahm niemand in Anspruch. Die Substanz der Mühle und ihrer Pertinenzien gehört noch stets dem Beklag-

ten; er hat also das Recht, eine Verzinsung dieses seines Capitals zu verlangen. Wie aber, wenn nun, da nach Art. 208. 1. Thl. 21. Tit. des Allgem. Landr. "bey Berechnung des reinen Ertrages der nothwendige Unterhalt des Erbpächters und seiner Familie, in soweit solche bey Bewirthschaftung des Guts Dienste leisten, unter den Wirthschafts-Ausgaben in Abzug zu bringen" — sich ergäbe, daß künftig gar kein Zins erfolgen könne: dann benutzte ja der Erbpächter das Capital des Eigenthümers, zur Erhaltung seiner und seiner Familie, ohne Entgeld, während der Eigenthümer, der sich erbiethet, das Grundstück zurück zu nehmen, vielleicht Hungers stürbe? — Welch eine Inconsequenz und Ungerechtigkeit! Folgt hieraus nicht deutlich, daß diejenige Verminderung des Ertrages, wovon der §. 207. c. des Landrechts redet, stets durch eine Verminderung der Substanz selbst entstanden seyn muß? Mir scheint dieses unwidersprechlich, da ich die gerügte Inconsequenz nicht anders zu beseitigen weiß.

Im vorliegenden Falle forderte auch der Beklagte die Zurückgabe, und zeigte dadurch, daß er durch die Erhebung des bedungenen Canons nicht widerrechtlich gewinnen wollte. Was konnte er mehr thun, als zu seinem Gegner sagen: Ich verlange deinen Schaden nicht; gieb mir wieder, was mein ist, und ich entlasse dich aller Verpflichtungen? Und was war ungerechter, als wenn dieser gleichsam antwortete: Dein Eigenthum will ich behalten; aber das, was davon auf-

kömmt, muß lediglich zu meinem und meiner Familie Nutzen verwendet werden, denn Ueberschüsse habe ich nicht, wovon ich dir etwas abgeben könnte; du magst zusehen, wovon du zu leben gedenkst? Und wie, wenn nun das Erbpacht-Grundstück, hier die Mühle, durch Zufall, z. B. durch den Wetterstrahl, vernichtet wäre, dann hätte wohl gar der Eigenthümer, der nichts von den Nutzungen erhielt, nach §. 55. des Anhangs des Landrechts zum Art. 200. 1. Thl. 21. Tit.:

"auf seine Kosten das Gebäude wieder herstellen „lassen müssen, in sofern nicht die etwanige Ver„sicherungssumme zur Wiederherstellung hinge„reicht hätte"?

Unstreitig hätte dieß der Fall seyn müssen, da durch die Herabsetzung des Zinses, oder selbst durch dessen gänzliche Aufhebung, die Erbverpächter nicht aufgehört hätten, Eigenthümer der Substanz zu bleiben, und da sie, nach §. 209. cit. L. R., stets der Hoffnung leben konnten, daß bey verbessertem Ertrage der Nachlaß am Zinse aufhören werde.

Solche Inconsequenzen wird keine Gesetzgebung wollen, am wenigsten die Preußische, welche sich stets durch Consequenz und Gerechtigkeit auszeichnete, und deren Landrecht unstreitig am meisten verdiente, in jedem Lande deutscher Zunge als National-Gesetzbuch aufgenommen zu werden: es erfolgte daher am 21sten December 1811 folgendes reformirendes

Urtheil.

Die zweyte Section des Königl. Appellationshofes,

Nach Ansicht des Eingangs, wie auch der Art. 10 und 11. des Königl. Preußischen Publications-Patents des Allgemeinen Landrechts, d. d. 11. April 1803;

des Art. 45 der Constitution des Königreichs Westphalen;

der von dem Appellaten producirten Abschrift einer Königl. Preußischen Concession, die Erbauung der in Frage stehenden Windmühle betreffend, d. d. Berlin 7ten Aug. 1747;

desgleichen eines in anerkannter Abschrift producirten Erbpacht-Contracts, d. d. 11ten April 1781;

imgleichen eines Protocolls, d. d. Weferlingen, d. 13. Jun. 1806, woraus erhellet, daß Appellanten ihren Consens in den Verkauf der quaest. Erbpachts-Gerechtigkeit an den Appellaten ertheilt haben;

In Erwägung, daß derjenige Contract, wodurch die jetzt bestehenden Rechtsverhältnisse zwischen beyden Theilen ihren Ursprung genommen haben, zu einer Zeit eingegangen ist, in welcher annoch das gemeine Römische und Deutsche Recht in der Provinz Halberstadt seine Herrschaft ausübte, mithin diese Gesetze zur Anwendung zu bringen;

In Erwägung, daß nach diesen Gesetzen die Erbpacht ein Vertrag ist, durch welchen das vollständige Nutzungsrecht eines Gegenstandes, gegen eine verhältnißmäßige Abgabe, jemanden erblich übertragen wird,

woraus also folgt, daß, wenn gleich das Eigenthum der Sache selbst dem Erbverpächter verbleibt, dennoch der Erbpächter vollkommener Eigenthümer des gedachten Nutzungsrechts werde; woraus wiederum die Consequenz zu ziehen: daß, ob schon der Erbverpächter die Substanz der Sache zu garantiren verpflichtet ist, sich diese Garantie dennoch nicht auch auf die aus solcher zu erhebenden Nutzungen erstrecken könne;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle, nach Ausweisung der allegirten Concession und des ursprünglichen, hier allein in Betracht zu ziehenden, Verleihungs-Contractes, kein Bannal-Recht der Gegenstand der Erbleihe gewesen, mithin auch durch die jetzt eingeführte Patent-Einrichtung und allgemeine Gewerbefreyheit dem Appellaten kein in Erbleihe verliehenes Recht entzogen worden, er also auch keine Garantie von seinem Erbverleiher zu verlangen berechtiget erscheinen kann;

In Erwägung, daß dieser jedoch sich erbiethet, nach Maaßgabe des ursprünglich eingegangenen Verleihungs Contractes, die verliehenen Grundstücke zurück zu nehmen, und also den eingegangenen Contract zu resiliiren;

Erkennt:

daß durch das Urtheil des Tribunals zu Neuhaldensleben, d. d. 26sten October 1810, übel gesprochen, wohl aber appellirt, mithin solches gänzlich aufzuheben, und Appellat mit seiner wider-

rechtlich angestellten Klage völlig abzuweisen; wobey ihm jedoch die Berechtigung zuerkannt wird, nach Maaßgabe der Anträge der Appellanten, die gänzliche Aufhebung des Erbverleihungs-Contractes, d. d. 11ten April 1781, nach dessen Inhalt, zu verlangen; worüber er sich in einem Zeitraume von vier Wochen, von dem Tage der Insinuation dieses Erkenntnisses angerechnet, bey Strafe des Verlustes dieser Berechtigung, zu erklären; und wird übrigens Appellat in die Kosten beyder Instanzen verurtheilt.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter.

VII.

Gewerbesteuer. — Zeitpacht. *)

Welche Wirkung haben die eingeführte Gewerbefreyheit und Patentsteuer auf die Verhältnisse zwischen dem Pächter und Verpächter einer Gerechtigkeit, welche durch die Gewerbefreyheit vernichtet worden?

Mehrmahls ist in meiner Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs N. von den Einwirkungen der veränderten Verfassung, und nahmentlich der allgemeinen Steuerpflichtigkeit der Grundstücke, der allgemeinen Gewerbefreyheit und der Gewerbesteuer, auf die zwischen Erbpächtern und Erbverpächtern bestehenden Verhältnisse die Rede gewesen **), dahingegen in dem gegenwärtigen Aufsatze die Frage beantwortet werden wird, in wie fern der Zeitpächter einer durch die Gewerbefreyheit vernichteten Gerechtigkeit Anspruch auf Nachlaß am Pachtgelde gegen seinen Verpächter habe ***).

*) In Hinsicht des fortdauernden practischen Interesses dieser Materie gilt was bey der unmittelbar vorhergehenden Abhandlung gesagt ist.

**) Abhandl. VI. und XXXI. des 1ten Theils.

***) Vergl. die Jurisprudenz des ehemahligen Appellationshofes zu Cassel, in Hinsicht dieser Materie,

Die Resultate können hier nicht die nämlichen wie bey der Erbpacht seyn: der Erbpächter ist völliger Eigenthümer des Nutzungsrechts der in Erbpacht habenden Sache, er muß also allen Schaden, den dieses Nutzungsrecht leidet, tragen, nur die Substanz braucht ihm der Erbverpächter zu garantiren: dahingegen der Zeitpächter gar kein dingliches Recht an der verpachteten Sache besitzt, und, aus dieser Ursache, eine Gerantie, nicht nur der Substanz derselben, sondern auch ihres möglichen Ertrages, den er bey Eingehung des Contracts berücksichtigte, von dem Verpächter zu fordern berechtigt ist. Die in dem ehemahligen Königreiche Westphalen constitutionell eingeführte allgemeine Gewerbefreiheit, (welche auch noch in den meisten Ländern, welche zu demselben gerechnet wurden, und nahmentlich in dem Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel fortbesteht), vernichtete alle Privilegien, auf deren Grund gewisse Gewerbe, entweder als Bannal-, oder als einfache Gerechtsame ausgeübt wurden. Jeder Staatsbürger hat, in der Regel, nach solcher Freyheit, das Recht, jedes Gewerbe auszuüben, er braucht dieserhalb kein Privilegium zu erwerben, sich nicht um die Ertheilung einer Concession zu bemühen, nur allein mit dem Staate hat er sich, in Hinsicht einer etablirten Gewerbesteuer, abzufinden, und that er dieses, lößte er den gesetzmäßigen Gewer-

---

mitgetheilt von dem Herrn Dr. Pfeiffer in den Rechtsfällen z. E. des C. N. Thl. I. S. 349 u. 558.

beschein, so vermag ihn niemand in der Ausübung seines Gewerbes zu stören. So wie diese neue Verfassung Millionen des Capitalwerths vernichtete, welcher in den Gerechtigkeiten steckte, die die Staatsbürger zur Ausübung der verschiedenartigsten Gewerbe besaßen: so konnte es nicht fehlen, daß die Vernichtung dieser Gerechtsame, in sofern sie verpachtet waren, zu den mannichfaltigsten Streitigkeiten zwischen Pächtern und Verpächtern die Veranlassung wurden.

Der Pächter, wollte er die gepachtete Gerechtsame ferner ausüben, mußte einen Gewerbeschein lösen: nun aber, so gering diese Abgabe war, besaß er die Ausübungsbefugniß nicht mehr von seinem Verpächter, sondern vom Staate: wozu sollte er jenem jetzt noch eine Pacht für ein Recht bezahlen, welches in dem allgemeinen Strudel der Staatsveränderungen, mit so manchem anderen Eigenthume, untergegangen war, dessen Herstellung bisher wohl erwartet, doch, im Drange der Umstände, nicht herbeygeführt worden?

Unstreitig war er hierzu nicht ferner verpflichtet, indem, wie bereits an einem anderen Orte von mir bemerkt ist, ein Unding nicht der Gegenstand eines Contractes zu seyn vermag.

War jedoch die Ausübung der verpachteten Gerechtsame, z. B. das Recht eine gewisse Gattung von Fabrication auszuüben, ohne Vorrichtungen, Fabrikgebäude u. s. w. nicht denklich, waren diese Mitgegenstand des Pachtcontracts: so war auch nichts billiger,

als daß das Pachtverhältniß, in Hinsicht dieser, als fortdauernd betrachtet, und daß also ausgemittelt wurde, welchen Pachtwerth die untergegangene Gerechtsame selbst, und welchen die in der Pacht gebliebenen Vorrichtungen hatten. Nur der Pachtwerth dieser letzteren konnte ferner gefordert werden, denn nur in Hinsicht ihrer existirte künftig ein Pachtcontract.

Oft aber erhöht eine gewisse Fabrik, oder sonstige Anstalt, durch die öconomische Verbindung, in welcher sie mit einem Hauptgrundstücke oder einem anderen producirenden Institute steht, den Capital- und also auch Pachtwerth (welcher die Interessen des ersteren repräsentirt) des Grundstücks. Ist nun der Pächter der Fabrik auch zugleich Pächter des gedachten Grundstücks oder Instituts: so ist nichts billiger, als daß, wenn die Gerechtsame die Fabrik zu betreiben, auch als Gerechtsame untergegangen ist, aber, auf den Grund eines Gewerbescheins, ferner ausgeübt wird, dann der Pächter fortfahre, diesen letzten Pachtwerth ferner zu bezahlen, da dessen Object, (der höhere Werth des mit der Fabrik verbundenen Instituts) gar nicht untergegangen ist, sondern vielmehr der Pächter, nach wie vor, davon noch Nutzen zieht.

Noch viel mehr ist dieß der Fall, wenn die Möglichkeit, oder doch Einträglichkeit der Fabrik von dem Grundstücke, worauf sie betrieben wird, abhängig ist. Man nehme z. B. an, ein Gut sey ganz vorzüglich zu der Betreibung einer Brantweinbrennerey gelegen,

und es sey auch die Gerechtigkeit zu solcher mit demselben verbunden; es wäre das Gut ohne diese Anstalt, und vorzüglich ohne seine sich zu einer vortheilhaften Betreibung derselben eignenden Lage, nicht halb so viel werth, als in Verbindung mit derselben; von der anderen Seite, auch eine von dem Gute isolirte Brantweinbrennerey hätte nicht halb den Werth, als eine solche in Verbindung mit diesem; denn erst durch diese Verbindung ward sie einträglich, ja vielleicht möglich: hier bestand der Werth des Ganzen in der Verbindung der in einander eingreifenden und sich wechselweise unterstützenden Institute. Dieses Ganze wäre verpachtet, und der Pachtanschlag lautete:

für die Länderey u. s. w. — 1000 Rthlr.
für die Brantweinbrennerey-Gerechtigkeit. — — 1000 Rthlr.

Jetzt wird die Gewerbefreyheit, welche bisher nicht existirte, eingeführt; um Brantwein brennen zu können, ist nur die Lösung eines Gewerbescheines nöthig. Der Pächter löset einen solchen, und verweigert nun die 1000 Rthlr. Pacht für die Brantweinbrennerey-Gerechtigkeit, behauptend, eine solche existire nicht mehr, er brenne Brantwein auf den Grund seines Gewerbescheins, und nicht seines Pachtcontracts. — Hierin hat er Recht: aber kann ihm das Patent eine so vortheilhafte Localität, als er bisher zum Brantweinbrennen inne hatte verschaffen? — Kann es ihm die Nähe eines Stroms, auf dem er seine Fabricate

versenden kann, die Verbindung mit einem Hauptgute u. s. w. verleihen? — Unstreitig, nicht. Aber auch von diesen Objecten giebt er Pacht, diese Objecte gingen nicht unter: das Pachtgeld für diese muß er also fortbezahlen, denn er kann nicht verlangen, diese Localvortheile seiner Fabrik, die er freilich nicht mehr auf den Grund des Pachtcontracts ausübt, und den höhern Werth, welchen das Gut dadurch hat, daß es die Möglichkeit, oder doch den Nutzen der Fabrik bedingt, umsonst zu genießen. Noch einleuchtender wird diese Wahrheit, wenn der Werth des Grundstücks an sich, worauf die Fabrik betrieben wird, sehr gering, der Gewinn, und also Werth der Fabrik aber sehr groß ist. Ein Haus und eine Wiese haben, z. B., das ausschließende Recht zu einer Wachsbleiche in einem Bezirke. Dem Pachtcontracte ist ein Anschlag zu Grunde gelegt, welcher lautet: Haus- und Wiesenpacht: 20 Rthlr; für die Gerechtigkeit Wachs zu bleichen: 300 Rthlr. Jetzt löst der Pächter einen Gewerbeschein, und will nur ferner 20 Rthlr. Pacht geben? — Welch' eine Ungerechtigkeit! Gab ihm das Patent ein so vortheilhaft gelegenes Local? Gab es ihm die Kundschaft, welche seit einem Jahrhunderte an diese Fabrik gewöhnt, ihm seinen Debit sichert? Diese Vortheile blieben ihm, von diesen muß er Pacht bezahlen.

Dahingegen ist er aber auch berechtigt, von seinem Verpächter einen Absatz am Pachtgelde zu verlangen,

wenn er durch die neuen Einrichtungen an Pachtnutzungen wirklich verlohr, wenn sich z. B., andere Brantweinbrenner in seiner Nachbarschaft besetzten und ihm durch ihre Concurrenz Schaden verursachten.

Gegenstand der Pacht waren in der angenommenen Hypothese, in Bezug auf die zu beantwortende Frage, dreierley:

1) die Gerechtigkeit selbst,

2) der höhere Werth des Grundstücks, durch die Möglichkeit, mit Nutzen den Gegenstand der Gerechtigkeit auf ihm ausüben zu können,

3) der höhere Werth der Fabrik, der aus der Verbindung mit dem Grundstücke entstand.

Nur der Gegenstand 1. war untergegangen, die Gegenstände 2. und 3. blieben bestehen: also auch nur für den Untergang des ersten kann der Pächter Entschädigung verlangen; das Pachtgeld für 2. und 3. muß er zu bezahlen fortfahren, in sofern auch diese nicht durch die Umstände verringert wurden. Diese Grundsätze sind von der zweiten Section des ehemahligen Appellations-Hofes zu Celle am 9ten Julius 1812 in nachfolgender Sache der kön. Domainen-Direction des Ocker-Departements gegen den Domainen-Pächter Stolte zu Holle angewendet worden.

Der Domainen-Pächter Hr. Stolte pachtete im Jahre 1800 von der ehemahligen Fürst-Bischöflichen Cammer zu Hildesheim die Oeconomie des Amts Woldenberg. Mit dieser Hauptpacht wurde ihm nicht nur

"die Gerechtigkeit Bier und Broihan zu brauen und Brantewein zu brennen auszuüben, und sein Getränk im ganzen Amte zu verfellen"

mit verpachtet, sondern ihm auch der besondere Auftrag im Contracte ertheilt:

"nicht zu gestatten, daß die Unterthanen, außer der Erndtezeit oder sonst etwan hergebrachten Ehrengelagen, selbst Bier einlegen, noch weniger aber, daß jemand, so dazu nicht berechtigt, zu seiner Consumtion braue, mithin sich zu einem Brau- oder Krug-Gewerbe eindringe."

Ferner war dem Pächter gestattet:

"die Krüger, so viel derselben bisher der Oeconomie beygelegt gewesen, anzunehmen, und, dem Befinden nach, wiederum abzusetzen."

In dem Pachtanschlage war, in Hinsicht des Brauwesens und der Brantweinbrennerey, folgendes enthalten:

"Im Durchschnitt geschehen jährlich wenigstens 50 Gebraue, jedes zu 40 halbe Faß, macht jährlich 2000 halbe Faß, angeschlagen à halbe Faß 18 Ngr. — 1000 Rthlr."

In Hinsicht des Brantweinbrennens "wird nur angeschlagen, was an sämmtliche Krüger im Amte jährlich debitirt wird, nemlich 120 Faß, à $3\frac{1}{3}$ Rthlr. — 400 Rthlr."

Die neue Verfassung vernichtete die Brau- und Brantweinbrennerey-Gerechtigkeit, auch das Recht die Krüger an- und abzusetzen, da, wenn diese ein-

mahl ein Patent gelöset, sie sich nicht mehr absetzen ließen, auch um sich zu besetzen, der Erlaubniß des Pächters nicht bedurften.

Der Pächter behielt daher mit dem Anfange des Jahres 1809, da die Patentsteuer eingeführet wurde, die jährliche Pacht für jene Objecte mit 1400 Rthlr. zurück, und verweigerte deren Bezahlung. Die Domainen-Direction des Ocker-Departements, sich auf den Contract und daß der Pächter stets fortgefahren habe, zu brauen und Brantewein zu brennen, stützend, wurde auf die Bezahlung dieser Pachtreste vor dem Tribunale zu Goslar klagbar. Sie führte hierbey an, daß die Domainen selbst zwar in das Loos des Kaisers der Franzosen gefallen und dem Herzog von Cadore geschenkt seyen, dahingegen die Pacht von der Bräuerey und Branteweinbrennerey dem Könige von Westphalen überwiesen wäre.

Der Beklagte räumte diese factischen Umstände und seine Weigerung, die fraglichen 1400 Rthl. Pacht zu bezahlen, ein, indem er die Gründe dieser Weigerung folgendermaaßen darstellte. Es sey in der That eine Erscheinung seltener Art, wenn der Verpächter eines Brauwesens, hier der Staat, nachdem er den Contract in allen seinen Theilen aufgehoben habe, den Pächter annoch auf dessen Erfüllung belange; dieß heiße doch wohl, mit andern Worten, den Satz aufstellen: Der Verpächter habe nur Contracts-Rechte, aber keine Contracts-Verbindlichkeiten. Bisher habe man, in

solchen Fällen, nur Klagen auf Gewährleistung von Seiten des Pächters gekannt. Die erste Frage, die jedem aufstoßen werde, sey die: Wofür der Beklagte noch Pacht zahlen solle? — Etwan für ein freyes, jedem offen stehendes, mithin seiner Natur nach, keiner Veranschlagung und keiner Verpachtung unterworfenes Gewerbe? — Für die Gebäude, worin die fraglichen Gewerbe getrieben würden, eine billige Miethe demjenigen, dem sie gehörten, zahlen zu wollen, dazu habe sich der Beklagte längst erklärt. Das Brau- und Brennerey-Inventarium selbst sey aber sein alleiniges Eigenthum. Wollte man ihm das Gebäude auf der Domaine nicht lassen, so könne man ihm nicht wehren, sein Inventarium nach Holle zu transportiren, und daselbst, auf seinem eigenthümlichen Gute, auf den Grund seines Patents, das Brauen und die Brennerey auszuüben, da, nach dem Art. 17. des Patentsteuergesetzes vom 5. Aug. 1808, die Patente bloß persönlich, mithin an keinen Ort gebunden seyen, und mit der Domaine in keiner weiteren Verbindung ständen, auch, nach dem Art. 19. desselben Gesetzes, ein jeder, der mit einem Patente versehen, seine Industrie in dem ganzen Umfange des Königreichs ausüben könne. Aber auch die Brau- und Brennerey-Gebäude auf der Domaine Woldenberg zu Sillium, welche mit den andern Wirthschaftsgebäuden Ein Gebäude ausmachten, gehörten nicht einmal dem Staate, sondern seyn, durch den Berliner Tractat vom 22ten April 1808,

und nach einer spätern Instruction, in das Kaiserliche Loos gefallen. Nach der letztern gehörten zu den Kaiserlichen Domainen alle innerhalb den Ringmauern der Domainen belegenen Gebäude ohne alle Ausnahme.

Der Verklagte habe die Domaine Woldenberg im Jahre 1800, folglich zu einer Zeit, wo bekanntlich die Römischen Rechte in dem Fürstenthum Hildesheim noch gegolten hätten, gepachtet. Es könne daher keinen Zweifel leiden, daß die gegenwärtige Sache nach den zur Zeit des geschlossenen Contracts bestandenen Gesetzen zu entscheiden sey. Nach diesen sowohl, als nach den jetzt bestehenden Gesetzen, werde die Klage sofort durch die Einrede des nicht erfüllten, sondern gänzlich erloschenen Contracts elidirt.

Brau- und Brennereynahrung seyen ehedem im Fürstenthum Hildesheim keine freyen Gewerbe gewesen. Sie hätten nur als besondere Gerechtigkeiten von den landesherrlichen Domainen und von einigen adlichen Gütern und Klöstern, welche diese Gerechtigkeit durch besondere Titel erlangt gehabt hätten, ausgeübt werden dürfen. Sie seyen also, so wie jede andere Gerechtigkeit, z. B. Jagd, Fischerey u. s. w. Gegenstände einer Verpachtung gewesen. Auch die Domaine Woldenberg habe die ausschließende Gerechtigkeit in einem bestimmten Bezirke, wozu 24 Krüge gehört hätten, zum feilen Verkaufe Bier zu brauen und Brantwein zu brennen, gehabt.

Diese Gerechtigkeit, diese ausschließende Gerechtigkeit, sey dem Verklagten nach dem §. 8. seines, von der klagenden Direction selbst vorgelegten Pachtcontracts vom 24ten Nov. 1800 verpachtet, und ihm dabey sogar zur Pflicht gemacht, nicht zu gestatten, daß jemand, so dazu nicht berechtiget, zu seiner Consumtion braue, mithin sich zu einem Brau- oder Kruggewerbe eindringe. Nach dem Consumtionssteuer-Gesetze vom 6. März 1810, Art. 30. dürfe jeder Einwohner zur eigenen Consumtion Bier brauen, und sey den Brauabgaben nicht unterworfen, wenn er sich dazu eines Kessels, welcher nicht über 100 Bouteillen halte, bediene. Wie das zu des Verklagten Pachtberechtigungen passe? Seit dem 1ten Jan. 1809 sey jene Gerechtigkeit, deren Ausübung dem Verklagten verpachtet gewesen sey, von der Domaine getrennt! Es existire keine Brau- und Brennereygerechtigkeit mehr. Und etwas, so nicht mehr da sey, ein zu Grunde gegangenes Object, könne doch nicht weiter Gegenstand eines Pachtcontracts seyn, und für dessen Benutzung nichts weiter gefordert werden: dieß lehre schon der gesunde Menschenverstand, dieß lehren mit ihm die Römischen Gesetze *).

---

*) L. 9. §. 1. D. Locati conduct. L. 33. D. eodem.

Thibaut, System des Pandectenrechts, §. 863.

Böhmer, introductio in ius digestorum, L. 19. Tit. 2. §. 13.

Sehr bestimmt verordne auch der Art. 1741 des Gesetzbuchs Napoleons:

"der Miethcontract erlischt sowohl durch den Untergang der gemietheten Sache, als dadurch, „daß der Vermiether und der Miether gegenseitig ihr Versprechen nicht erfüllen."

Seit dem 1ten Januar 1809 übe der Verklagte die Brau- und Brennerey nicht mehr vermöge des Contracts, als eine der Domaine anhängig gewesene Gerechtigkeit aus; denn diese und andere dergleichen Gerechtigkeiten seyen aufgehoben, eine allgemeine Gewerbefreyheit sey für sie eingetreten: der Verklagte übe sie vielmehr seit jener Zeit auf den Grund seines persönlichen, mit den Domainen in keiner Verbindung stehenden Patents aus.

(Patentsteuer-Gesetz vom 5ten August 1808, Art. 17 und 19.)

Sein Patent allein berechtige ihn, das Gewerbe der Brau- und Brennerey zu treiben. Ganz die nemliche Berechtigung habe jeder Andere, der auf Brau- und Brennerey patentirt sey. Jedem, ohne Ausnahme, stehe, als Folge der allgemeinen Gewerbefreyheit, gegen Erlegung der tarifmäßigen Patentsteuer von 16 bis 60 Franken, dieses Gewerbe offen, wenn er nur in policeylicher Hinsicht nichts wider sich habe. Und der Verklagte solle 5824 Franken oder 1400 Rthlr. in Golde dafür bezahlen? Ob etwa dem Beklagten sein Patent mehr Rechte gebe, als jedem

andern, der auf dieselben Gewerbe patentirt sey? — als den Gütern Oelper, Binder, Derenburg, Ringelheim, Söder, Henneckenrode u. s. w., die ihre Fabricate jetzt in seinem ehemahligen geschlossenen Bezirke absetzten? — Oder habe derselbe, weil er eine ehemalige Gerechtigkeit in Pacht gehabt habe, an den gegenwärtigen Vortheilen der allgemeinen Gewerbefreyheit keinen Anspruch? Der Herr Minister des Innern sage selbst, in seiner im Jahre 1809 an die Reichsstände gehaltenen Rede:

"daß der Staat durch die eingeführte Freyheit
„der Nahrung und der Gewerbe, nicht nur die
„vormaligen Gewerbesteuern, sondern auch
„die Abgaben, welche vormals für den
„ausschließenden Betrieb mancher Zweige
„der Industrie in bestimmten Bezirken ent-
„richtet worden, eingebüßt habe."

Des Verklagten Pacht für die Betreibung und Benutzung der Brau- und Brennereygerechtigkeit in Wolfenberg sey aber nichts anders gewesen, als die hier angeführte Abgabe.

Wer Brau- und Brennerey treibe, oder treiben wolle (deren Zahl mehre sich fast täglich) der berechne:

a) die Zinsen auf das zur Anlegung der Gebäude und Anschaffung des Inventariums erforderliche Capital;
b) die Unterhaltungskosten;
c) die Patent- und Consumtionssteuer;
d) die laufenden Kornpreise,

und bestimme darnach die Preise seiner Fabricate.

Wie würde aber der Verklagte mit diesen bisher gleiche Preise haben halten können, und wie würde er es für die Folge können, wenn er noch außerdem Pacht zahlen müßte? Schon deshalb könne der Verklagte nicht weiter Pacht zahlen. Er müßte die fraglichen Gewerbe wegen Mangels am Absatze sofort liegen lassen, und würde dadurch per indirectum von der gesetzlich permulgirten allgemeinen Gewerbefreyheit ausgeschlossen. Unmöglich können die Eigenthümer der Domainen bey einer solchen Verfahrungsart wider ihre Pächter gleichgültig bleiben.

Bey jeder Nutzberechnung komme es nicht auf die Quantität des Absatzes, sondern auf den daraus resultirenden Gewinn an. Auf Gewinn könne jetzt bey der großen Concurrenz von Brauereyen, Brennereyen und Branteweins-Niederlagen wenig gerechnet werden, wiewohl man diesen dem Verklagten doch wohl eben so gut, wie jedem andern Patentirten, gönnen würde, wenn anders die allgemeine Gewerbefreyheit kein Wort ohne Sinn seyn solle. Der Verklagte müsse jetzt bloß suchen, sein Korn umzusetzen, gleichviel ob dieß roh oder veredelt geschehe. Er habe für das Jahr 1811 nicht einmal ein Patent auf Brennerey gelöset, weil er mit eigenem, selbst gewonnenem Korn auskomme.

Nach dem Patentsteuergesetze vom 5. Aug. 1808, Art. 1., nach der Instruction zur Erläuterung dieses

Gesetzes vom 7. Sept. 1808, nach den zwey Nachträgen zu derselben, ferner nach einem unterm 13. Dec. 1808 vom Herrn Steuer-Controleur Triesel erlassenen Circulare und nach allen hier Anwendung findenden Grundsätzen von Recht und Billigkeit, habe seit dem 1ten Januar 1809 von einer Pachtzahlung für ein durch ein constitutionelles Gesetz für frey erklärtes Gewerbe die Rede nicht mehr seyn können. Mit der Promulgation dieses Gesetzes, kraft dessen so viele tausend Rechte untergegangen seyen, sey auch das Recht des Staats, seit dem 1ten Januar 1809 noch Pacht für die Brau- und Brennerey von dem Verklagten zu fordern, untergegangen.

Der Verklagte habe daher von dieser Periode an sein Bier und seinen Brantewein ohne alle weitere Hinsicht auf Pachtzahlung verkauft. Er habe dieß thun müssen, wenn er anders sein Gewerbe fortsetzen, und mit den übrigen Brau- und Brennereyen gleiche Preise habe halten wollen.

Ich übergehe die übrigen als Einreden vorgetragenen Gründe des Verklagten, da sie sich größten Theils auf Local-Umstände beziehen, welche nur für diesen einzelnen Fall, nicht aber allgemein, Interesse haben, und ebenfalls auch die Replik der klagenden Direction, weil ihre Gründe in dem Erkenntnisse des Tribunals zu Goslar enthalten sind. Dieses Erkenntniß, welches am 3ten December 1811 erfolgte, lautete folgendermaaßen.

Das Tribunal erkennt:

In Erwägung, daß von dem Verklagten eingestanden und durch den producirten Pachtcontract dargethan worden, daß derselbe den Amtshaushalt zu Wohlenberg, wozu die Brau- und Brennerey mit gehört, auf die Jahre von Michaelis 1800 bis 1812 in Pacht genommen, und sich verbindlich gemacht hat, auf den Grund des dem Contracte beygefügten Anschlages jeder zu der Pacht gehörigen einzelnen Parcele, ein Locarium von 6406 Thaler in Golde jährlich zu entrichten, daß derselbe von diesen Pachtgeldern von den beiden Jahren 1809 und 1810, so wie auch von den beiden abgelaufenen Quartalen des gegenwärtigen Jahrs, überhaupt 3500 Thaler rückständig geblieben, und daß in Rücksicht dieser Summe Se. Majestät der König als Verpächter anzusehen;

daß der Verklagte nicht behauptet, den Pachtcontract gekündiget zu haben, und nicht in Abrede stellen können, daß er Brauerey und Brennerey getrieben habe;

daß aber, so viel die der Klage entgegengesetzte Einrede betrifft, durch die Einführung des Patentsteuergesetzes die Brauerey und Brennerey auf der Domaine Wohlenberg nicht aufgehört hat, ein Gegenstand der Pacht zu seyn, indem bey Bestimmung des Pachtgeldes auf die Benutzung dieser Pachtparcelen in Verbindung mit den übrigen Gegenständen der Wirthschaft und den daraus für das Ganze zu ziehenden Nutzen offenbar Rücksicht genommen worden;

daß die Erwerbung eines Patents nur als das vorgeschriebene Mittel, diesen Wirthschaftszweig zu benutzen, anzusehen ist: Verklagter aber dadurch keineswegs von seiner Contracts-Verbindlichkeit befreyet wird, mithin dadurch nicht die Befugniß erhält, während seiner Pachtjahre auf der in Pacht habenden Domaine und mit den ihm zu dem bestimmten Zwecke überlassenen Geräthschaften die Brauerey und Brennerey zum Nachtheil des Verpächters als eigene Gerechtsame auszuüben, und zwar um so weniger, als ihm nach dem Pachtcontracte die Verbindlichkeit obliegt, sämmtliche ihm verpachtete Stücke sorgfältig beyzubehalten;

daß klagende Domainen-Direction sich bereit erklärt hat, die vom Verklagten für die Ausübung der Brauerey und Brennerey auf der Domaine ausgelegte Patentsteuer an den Pachtgeldern sich kürzen zu lassen, auch die contractsmäßige Lieferung an Holz offerirt, jedoch von Seiten des Verklagten selbst die Annahme desselben verweigert worden;

daß zwar durch die eingeführte Consumtionssteuer, indem solche die statt derselben vormahls üblich gewesene Abgabe der Accise übersteigt, und durch die Aufhörung der Zwangspflichtigkeit eine Verringerung des intendirten Nutzen bewirkt seyn kann, durch diese veränderten Umstände aber keineswegs der Hauptzweck des Vertrages verlohren gegangen; mithin auch kein gesetzlicher Grund zur Aufhebung des Contractes vor-

handen ist, sondern dergleichen Unglücksfälle dem Pächter nur zu einem dem Betrage des Schadens angemessenen Nachlaß an der Pacht berechtigen, welcher jedoch, da er nicht, wie die geklagte Forderung, liquide, in separato auszumitteln ist;

für Recht:

Daß der Verklagte die von zwei und einem halben Jahre rückständig gebliebenen Pachtgelder zu 3500 Thaler in Golde, jedoch nach Abzug der von Brauerey und Brennerey entrichteten Patentsteuer, . . . nebst Zinsen des Verzuges vom jedesmahligen Verfalltage der Pachtgelder angerechnet, . . . binnen 14 Tagen an den Kläger zu bezahlen, und auch demselben die verursachten Proceßkosten . . . zu ersetzen schuldig sey; übrigens aber dem Beklagten die etwanige Entschädigungsklage, wegen verminderter Pachtnutzungen, wenn er sich damit durchzukommen getrauet, vorbehalten bleibe."

Gegen diese Sentenz wurde von dem Beklagten die Appellation an den höchsten Gerichtshof zu Celle zur Hand genommen. Die Verhandlungen in dieser Instanz, obgleich sehr ausführlich, stellten im Wesentlichen nichts dar, so nicht bereits vorgekommen sey, oder keine Localumstände betroffen hätte.

Der Appellationshof erließ hierauf folgendes Erkenntniß, wodurch der Ausspruch des Tribunals erster Instanz bedeutende Modificationen empfing.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellations-Hofes:

Nach Ansicht des über die Domaine Woldenberg zwischen der ehemahligen Cammer in Hildesheim, unter dem 24. November 1800, mit dem Appellanten abgeschlossenen Pacht-Contractes;

Desgleichen des Gesetzes vom 5ten August 1808;

In Erwägung, daß es zwar keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß wenn jemand vor der jetzigen Legislation über die Gewerbefreyheit eine Brau- oder Branteweinbrennerey-, oder andere Gerechtigkeit zur Ausübung eines Gewerbes isolirt gepachtet hat, dieser Pacht-Contract durch den Umstand für völlig aufgehoben angesehen werden müsse, daß es überall keine Gerechtigkeiten zur Ausübung eines Gewerbes mehr giebt, sondern daß die Befugniß zu einer solchen Ausübung lediglich (nachdem die Gewerbefreyheit für einen constitutionellen Grundsatz erklärt worden) von der Lösung eines Patentes abhängig gemacht ist, und daß also, indem jemand ein solches Patent gelöset hat, er nun nicht mehr verbunden ist, dasjenige zu pachten, was ihm der Staat unmittelbar verlieh;

In Erwägung, daß diese Grundsätze, so sehr sie aus dem Wesen der gegenwärtigen Gesetzgebung folgen, dessen ungeachtet in ihrer Anwendung einer Modification unterworfen werden müssen, wenn unter der vorigen Legislation entweder ganze Fabriken mit den dazu gehörigen Gebäuden, und in Berücksichtigung ihrer

Localität, oder gar dergleichen Fabriken, unter solcher Berücksichtigung, in Verbindung mit andern producirenden Instituten gesetzt, und so gemeinschaftlich zum Gegenstande eines Contractes gemacht, verpachtet wurden, da alsdann nicht die Gerechtigkeit solche Fabriken zu betreiben, isolirt angesehen, sondern vielmehr das Ganze, worin jene Anstalten einwirken, als der Gegenstand des Contractes betrachtet werden muß, indem der aus dem Ganzen, in seiner Verbindung mit den Nebeninstituten, zu erzielende Vortheil den Maaßstab abgab, wonach das Pachtgeld bedungen wurde;

In Erwägung, daß diesem nicht entgegenstehen kann, wenn in einem, solchen Pachtcontracte zum Grunde gelegten Anschlage, behuf der Ausmittelung des Pachtwerthes, der Ertrag der einzelnen Parcelen des Ganzen besonders veranschlagt wäre, indem sich, dessen ungeachtet, die Pacht in ihrem Zusammenhange und ihrer innern Verbindung nur als Ein Ganzes darstellt;

In Erwägung, daß wenn gleich eine unter obigen Voraussetzungen verpachtete Gerechtsame, auch selbst isolirt betrachtet, sich in dem Besitze des Verpächters befand, also ein Mitgegenstand der Pacht war, und aus dieser herausfiel sobald sie durch die neue Verfassung vernichtet wurde, dennoch der Nutzen, welchen das Ganze von der mit ihm verbundenen Ausübung des Gewerbes, welches Gegenstand der aufgehobenen Gerechtigkeit war, und welcher den Werth dieses Ganzen (dessen Interessen das Pachtgeld sind) vermehrte,

eben so sehr Gegenstand des Pachtcontractes ist: also hieraus folgt, daß, wenn auch die Gerechtigkeit selbst wegfiel, dennoch dieser Nutzen, welcher aus der Verbindung des Gewerbes mit dem Ganzen entstand, vorhanden und also Object des Contracts blieb, in sofern nemlich das Gewerbe, welches vorher auf den Grund einer Gerechtigkeit ausgeübt wurde, nunmehr auf den Grund einer andern Verleihung und nahmentlich eines Patents ausgeübt wird;

In Erwägung, daß der Pächter, welcher jetzt auf den Grund eines, auf seine eigne Person gelößten, Patentes das Gewerbe ausübt, freylich nicht mehr nöthig hat, eine Gerechtigkeit zu pachten, die nicht mehr existirt, indem er die ganze Ausübungs-Gerechtigkeit unmittelbar vom Staate erhielt, daß aber der Staat nicht im Stande ist, ihm für die Patentgelder die Vortheile zu verschaffen, welche, in der vorausgesetzten Hypothese, daraus entspringen, daß die Fabrik mit einem Ganzen verknüpfet ist, welches, indem es den Werth der Fabrik erhöhet, auch wiederum eine Erhöhung an Werth von dieser empfängt;

In Erwägung, daß es demnach billig ist, daß die Pacht für diese Zufälligkeiten dem Verpächter, selbst nach Aufhebung der durch ein Patent ersetzten Gerechtigkeit, verbleibe, so wie ihm das Eigenthum seiner Localität, die er selbst benutzen konnte, verbleibt;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle die Gerechtsame des ersten Verpächters auf zwei Eigenthümer

dergestalt übergegangen sind, daß der eine, das Königreich Westphalen, in sein Eigenthum die Brau- und Branteweinbrennerey Gerechtigkeit erhielt; daß diese Gerechtigkeit ihm, aber nicht isolirt, sondern in seiner Verbindung mit der Localität der Domaine abgetreten, und daß daher, wenn gleich die Gerechtigkeit, als solche, nicht mehr existirt, ihm doch, während der Dauer des in Frage stehenden Pachtcontracts, von dem Appellanten derjenige Pacht-Zins bezahlt werden muß, welcher für den Ertrag des durch die Brau- und Brennerey-Nahrung erhöhten Werthes der Domaine, und eben so für den höhern Werth welchen die Brauerey und Branteweinbrennerey durch ihre Verbindung mit der Domaine enthielt, bezahlt werden muß;

In Erwägung jedoch, daß so klar der Contract in Hinsicht des zu bezahlenden Pachtgeldes lautet, eben so bekannt auch die Einwirkung der Gewerbefreyheit und Patent-Verfassung auf die Ausübung solcher Nahrungszweige ist, welche mit gewissen Bannalitätsrechten verknüpft waren: hieraus aber folgt, daß nicht abzusehen ist, warum Appellant mit seinen Entschädigungsforderungen, die er aus der notorischen neuen Verfassung unstreitig hat, ad separatum verwiesen werden soll, indem, so gerecht es ist, daß dem Verpächter das ihm für sein Gut, in seinen vollständigen innern Combinationen, zustehende Pachtgeld werde, für eben so gerecht es auch gehalten werden muß, daß dem Pächter diejenige Entschädigung zukomme, welche ihm

dafür gebührt, daß das verpachtete Gut an seinem Werthe durch den Verlust monopoler Gerechtsame, die ihm doch mit verpachtet waren, verlohren hat;

In Erwägung, daß die Ausmittelung dieser Entschädigung um so mehr in diesem Processe geschehen muß, da man, ohne solche, Gefahr liefe, den Appellanten zu Summen zu verurtheilen, die er nicht schuldig ist, und von denen man nicht sagen kann, daß sie liquide seyen, da sein Verlust, obgleich ebenfalls nicht liquide, doch, in Hinsicht seines Daseyns, gewiß ist;

In Erwägung, daß hieraus folgt, daß von dem iudicio a quo zu frühzeitig definitiv erkannt worden;

Erkennt,

unter Reformation der Sententiae a qua des Tribunals zu Goslar, d. d. 3ten December 1811:

Daß Appellant mit seiner excipiendo vorgebrachten Prätension, die für die ihm verpachtete Brauerey und Brantweinbrennerey-Gerechtigkeit in Anschlag gebrachten Pachtgelder von tausend vierhundert Rthlr., seit dem Anfange des Jahrs 1809 ganz zurückbehalten zu wollen, abzuweisen, dagegen aber zuvörderst durch Kunstverständige auszumitteln:

"Welchen Verlust der Ertrag der dem Appellanten verpachteten Brauerey und Brantweinbrennerey der Domaine Woldenberg seit dem Anfange des Jahres 1809 bis Johannis 1811 durch die etablirte constitutionelle Gewerbefreyheit und Patentverfassung, incl. der bezahlten Patentgelder, gelitten,".

worauf sodann ferner, auch der Kosten wegen, angeht was Rechtens.

Uebrigens sind beyde Parteien, binnen drey Tagen, vom Tage der Insinuation dieses Erkenntnisses an, gehalten, drey Sachverständige zu wählen, widrigenfalls folgende drey Personen hiermit ex officio zu Sachverständigen ernannt seyn sollen: . . . . . welche drey Sachverständige von dem Friedensrichter des Cantons Holle zu beeidigen, worauf sie, nachdem ihnen die Parteien die nöthigen Materialien mitgetheilt, das Gutachten nach Maaßgabe des 253sten und der ff. Art. der Proceß-Ord. abzufassen haben.

Gegenwärtig die H. H.: v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appell.-Richter, H. Blumenbach, S. P. G., concludirte conform.

VIII.

Grundsteuer. — Erbpacht. *).

Trägt der Erbpächter oder der Erbverpächter eines bisher steuerfrey gewesenen Grundstücks die neue verfassungsmäßige Grundsteuer?

Die in der sechsten Abhandlung meiner Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs N. ausgeführten Grundsätze sind von der zweiten Section des Appellationshofes, am 16ten Jul. 1813, durch nachfolgendes in Sachen Löber gegen das Kloster Bergen abgegebene Erkenntniß bestätigt.

Urtheil.

Die zweyte Section des Appellationshofes:

In Erwägung, daß nach den hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen des deutschen Rechts (unter deren Herrschaft der in Frage stehende Erbpachtcontract abgeschlossen) womit die spätere Preußische Legislation übereinstimmt, die Erbpacht ein Vertrag ist, vermöge dessen jemand das vollständige Nutzungsrecht einer fremden Sache, gegen einen damit in Verhältniß stehenden Zins überkömmt, wohingegen der Erbver-

*) Von dauernd practischem und nicht nur transitorischem Interesse.

pächter nur das grundherrliche Eigenthum zurückbehält;

In Erwägung, daß die öffentlichen Steuern von Grundstücken nicht in Hinsicht des grundherrlichen Eigenthums, sondern vielmehr in Hinsicht der Benutzungsberechtigung bezahlt werden, woraus denn der Grundsatz zu abstrahiren ist, daß wenn in Hinsicht eines gegebenen Grundstücks ein getheiltes Eigenthum obwaltet, derjenige die Grundsteuer zu bezahlen verpflichtet ist, dem die Benutzungsberechtigung zusteht;

In Erwägung, daß diese Principien dadurch keine Abänderung erleiden, daß ein contributionsfreyes Grundstück in Erbpacht gegeben, indem hieraus nur die Verpflichtung des Erbverpächters entsteht, die Garantie zu übernehmen, daß das in Pacht gegebene Grundstück zur Zeit des abgeschlossenen Contracts wirklich steuerfrey gewesen sey, nicht aber die Garantie, daß nicht in Zukunft die reelle Benutzung des Grundstücks mit einer Steuer belegt werden könne; . . .

Erkennt:

daß von dem Tribunale von Magdeburg durch dessen Urtheil vom 9. Oct. 1809 wohl gesprochen, übel aber appellirt u. s. w.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präs.; v. Pufendorff, Dr. Böhmer, v. Ompteda, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter. H. Blumenbach, S. P. G., concludirte conform.

IX.

Erbenzins-Contract. — Gerechtigkeiten. — Gewerbefreyheit. *)

Trägt der Erbenzinsherr oder der Erbenzinsmann den Schaden, welcher daher entsteht, daß der in Erbenzins gegebene Gegenstand, entweder ganz oder einem bedeutenden Theile nach, zu existiren aufhört?

Die Grundsätze, welche in vorstehenden Abhandlungen und in meiner Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Nap. **), bey Gelegenheit der Erörterung der Fragen, ob der Erbverpächter oder der Erbpächter, der Zeitverpächter oder der Zeitpächter, den Schaden tragen müsse, welchen die veränderte Staatsverfassung an dem verpachteten Grundstücke angerichtet, haben eine neue Anwendung von dem Appellationshofe zu Celle in dem Falle gefunden, wo von einem bisherigen förmlichen Erbenzinsverhältnisse die Rede ist.

Auch hier mußte der Grundsatz entscheidend seyn, daß ein non-ens nicht der Gegenstand eines Con-

*) Eine Materie von bleibend practischem Interesse.

**) Thl. I. Abh. VI u. XXXI. Thl. II. Abh. LXXI u. LXXII.

tractes zu seyn vermöge, daß es also gegen die Grundsätze der natürlichen Billigkeit streiten würde, jemand zu verurtheilen, einen fortdauernden Preis zu entrichten, wenn das Object des Preises nicht mehr von ihm benutzt werden kann, und daß bey der Auslegung der Verträge man vor allen Dingen, sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen *), darauf sehen müsse, welches die Absicht der contrahirenden Theile, bey deren Eingehung, gewesen sey. Nicht um Unglück in die Welt zu bringen, wurden die Gesetze gegeben: sie sind das Resultat ewiger Vernunftaxiome (wo nicht, der Natur der Sache nach, rein-positive Normen zu entwerfen waren **); und auch selbst da dürfen sie jenen Axiomen nicht widersprechen): daher denn auch diese am Besten zur Auslegung jener dienen können ***).

---

*) L. 219. D. de Verborum Signif. "In conuentionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit." — Art. 1156. C. N.

**) z. B. bey Bestimmung der Erbfolge. Hier kann freylich das natürliche Recht in den einzelnen Fällen keine Norm darbiethen: aber es stellt Hauptgrundsätze auf, die auch hier nicht übertreten werden dürfen, und in sofern kann es auch hier zum Auslegen der G. G. dienen.

***) Der Canon bey der Römischen Emphyteusis war in der Regel unbedeutend, und wurde lediglich in recognitionem dominii directi gegeben, daher denn

Folgende Thatumstände sind zur Verständlichkeit des Urtheils vorauszusenden:

Im Jahre 1788 gab die Herzoglich Braunschweigsche Cammer dem Weinhändler Angott die auf dem Egidien-Markte zu Braunschweig gelegene Neue Schenke in Erbenzins. Gegenstand des Erbenzinses waren, außer den Gebäuden der Schenke, die Gerechtigkeit, in derselben Gastwirthschaft, Weinhandlung und Wein- und Bierschenkwirthschaft zu treiben u. s. w. Auch war dem Erbenzinsmanne Freyheit von öffentlichen Abgaben zugesichert. Dagegen bezahlte dieser sofort 3000 Rthlr. Kaufgeld, und verpflichtete sich zu der Entrichtung eines jährlichen Canons von 250 Rthlr., Laudemialgeldern, u. s. w.

---

auch die gesetzlichen Bestimmungen, daß nur clades, quae prorsus ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum von der Bezahlung des Canons befreye. Unendlich hiervon ist die Deutsche Emphyteusis unterschieden, wo der Canon nicht allein in recognitionem dominii directi, sondern ganz vorzüglich deswegen gegeben wird, damit der Erbenzinsherr, das von ihm veräußerte dominium vtile, nicht eines wüsten Ackers, sondern einer bey ihrer Verleihung schon sehr nutzbaren Sache, nütze. Von diesem Falle sagt schon *Voetius*, Comment. ad D. L. VI. tit. 3. §. 16. in fin. "Hoc in casu, vti canon annuus a mercede non distat, ita et ad exemplum mercedis diminutio canonis propter partis interitum haud videtur deneganda."

Nach dem Tode des Weinhändlers Angott kaufte diese Schenke, nebst den Pertinenzien, der Herr Präfecturrath von Hantelmann, für 10,100 Rthlr., und wurde nebst seiner Ehefrau, einer Tochter des ersten Acquirenten, von der F. Cammer wieder zum Erbenzinsträger angenommen.

Er verpachtete die Schenk- und Weinhandlungsgerechtigkeit, um in einem benachbarten Hause ausgeübt zu werden, für 250 Rthlr. in Golde, und bewohnte das Erbenzinshaus selbst.

Nach der Einführung der constitutionellen Gewerbefreyheit, konnte er natürlich keine Pacht für ein Object ferner erhalten, welches nicht mehr vorhanden war, und welches, ohne alle Pacht, für eine mäßige Patentsteuer von jeder dazu qualificirten Person zu erlangen stand; er verweigerte also den Canon, und zwar gänzlich, weil er die Sache so ansah, als seyen mit dem Kaufpreis von 3000 Rthlr. die Gebäude völlig bezahlt, und als werde also der Canon von 250 Rthlr. für die nunmehr untergegangenen Gerechtigkeiten allein entrichtet.

Die in die Stelle der Herzoglichen Cammer getretene Domainendirection klagte auf Bezahlung des Canons bey dem Tribunale zu Wolfenbüttel.

Der Beklagte, indem er seine Exceptionsgründe vortrug, wodurch er sein Gesuch um Entbindung von der Klage zu begründen suchte, trug widerklagend, eventualiter, auf Entschädigungen an.

Das Tribunal zu Wolfenbüttel erließ hierauf, am 14ten May 1811 folgendes Urtheil:

"daß, da der Erbenzinscontract, dem Gesetzbuche Napoleons fremd, der vorliegende auch ohnehin vor Einführung dieses Gesetzbuches errichtet, mithin derselbe ganz nach gemeinen Rechten zu beurtheilen ist, die darin und auf dem demselben beygefügten Risse bezeichneten Gebäude aber offenbar den Hauptgegenstand mit ausmachen, und also der stipulirte Canon nicht für die darin auszuübenden concedirten Befugnisse, als vielmehr zur Anerkennung des Obereigenthums der Gebäude stipuliret worden, dieses auch um so mehr anzunehmen ist, da der Vater der Mitbeklagtinn (der Weinhändler Angott) für das in der Brandversicherungsgesellschaft zu 11000 Rthl. catastrirte Grundstück nur den unverhältnißmäßigen Preis von 3000 Rthl. an die damahlige Erbenzinsherrliche Cammer bezahlt hat, dieses Grundstück aber jetzt noch ganz existirt, und, wenn auch die darin auszuüben concedirten Befugnisse als ein integrirender Theil des Erbenzinsgutes anzusehen seyn möchten, dennoch die Beklagten solche forthin auszuüben unbehindert sind, und die etwanige Verminderung der damit ehedem verbunden gewesenen Vortheile, nur ein partieller Verlust ist, welcher so wenig die völlige Aufhebung des Erbenzinscontractes, als die Verminderung des Canons bewirken kann:

L. 1. C. de jure emphyteut.

§. 3. I. de locatione et conduct. Nov. 7. C. 3. §. 2.

dem übrigen Vorbringen der Beklagten aber, so wie der Widerklage

L. 3. C. de fundis patrim.

entgegensteht;

Voet ad Pandect. lib. VI. tit. 3. §. 18;

übrigens Beklagte, daß sie den fraglichen Erbenzins seit 1809 nicht bezahlt haben, eingestanden, und daß sie an dessen Bezahlung im November desselben Jahres gemahnet worden, nicht in Abrede zu stellen vermocht, von diesem Zeitpuncte an, also die Verzugszinsen zu laufen anfangen,

Art. 1139. C. N.:

Beklagte den geklagten Erbenzinsrückstand jährlich zu 250 Rthl. in Golde, sammt den Zinsen des Verzuges seit dem Monath November 1809 zu 5 Procent, an die klagende Direction zu bezahlen, derselben auch die Proceßkosten . . . . zu erstatten schuldig seyen; die auf die gänzliche Aufhebung des Erbenzinscontractes gerichtete Reconvention aber nicht statt habe.

Auch wird, dem Antrage des Substituten des k. Procureurs gemäß, die provisorische Vollstreckung *) dieses Erkenntnisses erkannt.

---

*) Auf die provisorische Vollstreckung des Erkenntnisses war in dem Klaglibell nicht angetragen. Schon aus diesem Grunde durfte also nicht darauf erkannt werden, wenn auch, welches nicht erhellet, in den mündlichen Vorträgen darum gebethen worden seyn sollte. Vergl. Abhandl. XLIII. des ersten Bandes meiner

Gegen dieses Erkenntniß legten die Beklagten die Appellation ein, worauf solches am 25. Sept. 1812 von der 2ten Section des Appellationshofes folgendermaaßen reformirt wurde.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht des Art. 2. C. N., der L. 1. C. de iure emphytheutico, des Art. 12. der Constitution des Königreichs, des Gesetzes vom 5ten August 1808, desgleichen vom 12ten Febr. 1810, die Einführung

---

Rechtswissenschaft des Gesetzb. N. Am wenigsten durfte aber das öffentliche Ministerium darauf antragen und konnte dessen Gesuche gewillfahrt werden, wenn die Partei nicht darum gebethen hatte. Das öffentliche Ministerium trat in diesem Rechtsstreite lediglich als Neben- nicht aber als Hauptpartei auf. In jener Eigenschaft kann es zwar zeigen, daß die Hauptpartei noch ein Mehreres, als sie that, hätte bitten können; es kann aber nicht darauf antragen, daß auf sein Gesuch, das mangelhafte petitum ergänzt werde. Thut dieß doch der Richter, so erkennt er vltra petita, und also nichtig. Vergl. Abhandl. XXX. des ersten Bandes der Rechtsw. des Gesetzb. N. In Privatsachen, und eine solche blieb stets die gegenwärtige, wenn gleich die Domainendirection Klägerinn war, kann das öffentliche Ministerium nicht durch den Weg der Requisitionen, sondern lediglich der Conclusionen (avis motivé) thätig seyn. Merlin, Répert. T. VIII. p. 216.

der Patentsteuer betreffend, des Originals eines über den streitigen Gegenstand sprechenden Erbenzins-Contractes der ehemahligen Fürstl. Cammer zu Braunschweig, d. d. 16ten April 1788, der L. 219. D. de verbor. Signific. und des Art. 1156. C. N.;

In Erwägung, daß, nach Maaßgabe des angeführten authentischen Erbenzins-Contractes, dem damahligen Contrahenten Johann Hermann Angott von der ehemahligen Fürstlich-Braunschweigischen Cammer erbenzinsweise eingeräumt wurden:

a) ein zur Wirthschaft und Weinhandlung zweckmäßiges Wohnhaus nebst Nebengebäuden,

b) die Gastwirthschafts-, Weinhandlungs-, Wein- und Bierschenks-, wie auch Billards-Gerechtigkeit, in solchem Hause zu betreiben,

c) die Freyheit, von den gewöhnlichen Oneribus publicis von dem in Erbenzins gegebenen Gebäude und Zubehörungen;

wogegen der Erbenzinsmann, für das ihm eingeräumte dominium und quasi dominium vtile an jenen Gebäuden und Gerechtsamen seiner Seits leistete, und zu leisten versprach:

a) Die Bezahlung einer Summe von 3000 Rthl. Gold,

b) eines jährlichen Canons von 250 Rthl. Gold,

c) eines laudemii von 2 pr. C., im Fall eines Verkaufs der in Erbenzins gegebenen Grundstücke und Gerechtigkeiten;

In Erwägung, daß aus dem erwähnten Erbenzinsbriefe nicht zu ersehen ist, daß ein Theil der dem Erbenzinsmanne zur Last gefallenen Prästationen als das pretium für einen Theil, ein anderer aber für einen andern Theil der emphyteusis anzusehen, vielmehr anzunehmen, daß die sämmtlichen Prästationen als der Preis des überlassenen dominii und quasi-dominii utilis sämmtlicher Erbenzinsstücke, ohne unter denselben zu unterscheiden, zu betrachten;

In Erwägung, daß hieraus folgt, daß so wie die Kaufsumme von 3000 Rthlr. nicht gerade für die Gebäude gegeben wurde, so auch nicht anzunehmen steht, daß der Canon und das laudemium gerade für die Gerechtigkeiten versprochen sey;

In Erwägung, daß, durch die neue Gesetzgebung, mehrere nicht minder als die Gebäude wesentliche Objecte des Erbenzins-Contractes völlig untergegangen, daß es also gegen die ersten Gesetze der natürlichen Billigkeit streiten würde, den Erbenzinsmann zu verurtheilen, einen mercedem für Objecte zu bezahlen, welche sich nicht mehr in rerum natura befinden, und daher unmöglich, als non-entia, der Vorwurf eines Contractes zu seyn vermögen; eine Folgerung des natürlichen, alle Contracte auslegenden Gesetzes, welches jeder Contrahent bey der Abschließung seiner Verträge vor Augen hat, das daher als jedem Contracte inserirt angesehen werden muß, und welches auch durch die römische, hier zur Anwendung kommende, Legis-

lation eine positive Sanction erhalten hat, indem L. 1. C. de fundo emphyteutico ausdrücklich verordnet: Si tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum: hoc non emphytheuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat, imputetur;

In Erwägung, daß es um so mehr über allen Zweifel erhaben ist, daß hier als das hauptsächlichste und wesentlichste Object des Erbenzins-Contractes mehr die Gerechtigkeiten als die Gebäude erscheinen, da der ursprüngliche Contrahent ein Weinhändler und Gastwirth war, dem wenig an dem Besitze eines Wohnhauses gelegen seyn mußte, wenn er darin seine Nahrung nicht betreiben konnte;

In Erwägung, daß jedoch, wenn man auch annehmen wollte, es sey hier nur von einem damno particulari die Rede, dennoch nicht daran gezweifelt werden könnte, daß dem Appellanten ein Erlaß am Canon zuzuerkennen wäre, da hier nicht von einem Canon, der lediglich in recognitionem dominii directi gegeben wird, sondern von einem solchen, der, nach deutschen Rechten, naturam mercedis annimmt, die Rede ist, welcher, wie bereits *Voetius* im Comment. ad D. L. VI. tit. 3. §. 16. richtig bemerkt, eine Verminderung erleidet, wenn das Erbenzins-Grundstück bedeutend vermindert wird;

In Erwägung, daß es nichts relevirt, daß Appellant, gegen Lösung eines Patents, die ihm in Erbenzins gegebenen Gerechtigkeiten (außer der Freyheit von oneribus publicis) fortdauernd ausüben kann, da er ein solches Recht unmittelbar durch die Verfassung erhält, also dasselbe nicht zu bezahlen verpflichtet zu werden vermag;

In Erwägung jedoch, daß wenn gleich die dem Appellanten in Erbenzins gegebenen Gerechtigkeiten untergingen, dennoch seinem Hause derjenige höhere Werth verblieben ist, welchen es aus der zur Ausübung des Wein- und Bierschanks, wie auch der Gastwirthschaft paßlichen Lage und der erlangten Kundschaft, hat;

In Erwägung, daß aus allen diesen Betrachtungen folgende Consequenzen zu ziehen: Es ist auszumitteln, was für einen Werth am 16ten April 1788 die in Erbenzins gegebenen Grundstücke nebst sämmtlichen Gerechtsamen und Privilegien hatten.

Von diesem Werthe (welcher dadurch ausfindig zu machen, daß der jährliche Canon, nach dem damahls gewöhnlichen Zinsfuße zu 4 pr. C., zu Capital zu machen, welches auch, nach einem 50jährigen Durchschnitte, mit den Laudemial-Prästationen der Fall ist, und zu welchem Capitale die Kaufsumme von 3000 Rthlr. zu zu addiren ist) wieder abzusetzen:

a) der Betrag des für das dominium vtile bezahlten Kaufgeldes,

b) der ausgemittelte Werth des dem Erbenzinsherrn verbliebenen laudemii mutationis,

c) der Werth der untergegangenen Gerechtigkeiten und Privilegien, so wie solcher zur Zeit des abgeschlossnen Erbenzins-Contractes beschaffen war, wobey der Original-Erbenzins-Contract zur Basis zu legen ist (jedoch im Verhältniß nach dem diesem Gegenstande im Ganzen zugebilligten Werthe).

Die Summe, welche alsdann annoch übrig bleibt, ist der Appellant der Appellatinn annoch schuldig, und hat er die Zinsen derselben, als Erbenzins-Canon, zu 4 pr. C., als den 1788 üblichen Zinsfuß, jährlich zu entrichten: denn solchergestalt, tritt man der wahrscheinlichen Intention der Contrahenten am nächsten, und bestimmt, was der erste Aquirent für das Erbenzinsgut gegeben haben würde, wenn schon damahls die jetzt untergegangenen Stücke daran gefehlt hätten. Für Einquartirungskosten ist jedoch nichts abzurechnen, indem, wenn Appellant von den oneribus publicis ordinariis frey war, dadurch nicht bewirkt wurde, daß er nun auch von der extraordinairen Kriegeslast der Einquartirung frey gewesen sey, welche Beschaffenheit es auch mit den Wachtdiensten hat, welche überdem nicht reeller, sondern personeller Natur sind.

In Erwägung, daß also von dem ersten Richter in dieser Sache annoch nicht definitiv erkannt werden,

vielweniger, in einer so illiquiden Angelegenheit, und auf Antrag des öffentlichen Ministerii, welches hier nur als Nebenpartei agiren, und also auf nichts antragen konnte, welches die Hauptpartei nicht forderte, eine provisorische Vollziehung des abgegebenen Urtheils verordnet werden konnte;

In Erwägung, daß die Reconvention unbegründet ist, da die Anfhebung der in Erbenzins gegebenen Gerechtigkeiten, nicht von dem Erbenzinsherrn, sondern durch die Constitutionsurkunde, welcher das Königreich seine Existenz verdankt, geschehen ist;

Erkennt,

Daß von dem Tribunale zu Wolfenbüttel durch dessen Erkenntniß d. d. 14ten May 1811, ratione conventionis, übel geurtheilt, wohl aber appellirt, mithin solches, in dieser Hinsicht, gänzlich aufzuheben, Appellaten aber alles, was, in Gefolge dieses Urtheils, vom Appellanten prästiret worden, sofort nach Insinuation dieses Erkenntnisses, wieder heraus zu geben verbunden;

in Betreff der Wiederklage aber die sententia a qua zu bestätigen.

Wie nun die oben angedeuteten Berechnungen, um den künftigen Betrag des Erbenzinses auszumitteln, nicht füglich anders, als durch Sachverständige bewirkt werden können, so wird hierdurch verordnet, daß solche Berechnungen durch ein Gutachten von Sach-

verständigen ins Klare gesetzt werden sollen, und wird, zu diesem Zwecke, hierdurch verfügt:

Daß beyde Theile, nach Maaßgabe des Art. 240 der Proc.-Ord., verbunden seyn sollen, binnen drey Tagen, nach der Insinuation dieses Urtheils, die Sachverständigen zu wählen, widrigen Falls zu der Beweisführung durch die hierdurch von Amtswegen ernannten Sachverständigen geschritten werden soll, nemlich durch . . . . . welche Sachverständige durch den Friedensrichter des Ost-Cantons zu Braunschweig zu beeidigen, und sodann ihren Bericht, gegen die ihnen gebührenden von beiden Parteien provisorisch zu gleichen Theilen zu tragenden Kosten, nach Maaßgabe des 13ten Titels des 1sten Buchs der Proceß-Ordnung, und der Grundsätze, welche in diesem Erkenntnisse entwickelt worden, zu concludiren und abzufassen haben; worauf sodann, auf ferneres Betreiben einer der Parteien, in der Sache weiter, auch der Kosten wegen, ergehet was Rechtens.

X.

Hypothekbestellung. — Specialität. *)

Ist eine Hypothekbestellung gültig, welche, ohne nähere Bezeichnung der verpfändeten Grundstücke, im allgemeinen auf alle dem Schuldner binnen den Gränzen einer gewissen Hypothekenconservation gehörenden Grundstücke bestellt ist?

So bestimmt auch der Art. 2129. des Code N. verordnet:

"Eine vertragsmäßige Hypothek ist nur alsdann gültig, wenn entweder in der die Forderung begründenden, oder in einer spätern öffentlichen Urkunde die Eigenschaft und die Lage einer jeden, dem Schuldner wirklich zugehörenden unbeweglichen Sache, worauf er zur Sicherheit der Forderung eine Hypothek bewilligt, besonders ausgedrückt ist";

so wenig wird bis jetzt, im Allgemeinen diese Vorschrift in denjenigen Ländern befolgt, in welchen neuerdings der C. N. eingeführt wurde. Es ist die Vorschrift jenes Artikels eine von denen, durch welche das Wesen des neuen Hypothekensystems, welches, neben der Oeffentlichkeit, in der Specialität besteht, am deut-

*) Von transitorischem Interesse.

lichsten ausgedruckt ist. Es soll keine generelle Hypotheken ferner geben, und wenn selbst der Wille der Contrahenten solche stipulirt hätte, sie würden ungültig seyn *).

Weit entfernt also, daß eine generelle Hypothek ferner eine größere Sicherheit als eine specielle darböthe, biethet sie gar keine dar, denn das Gesetz erkennet sie nicht an; wobey man jedoch allerdings dafür halten muß, daß, wenn zugleich mit der generellen auch eine specielle Hypothek bedungen wäre, diese letztere ihre völlige Gültigkeit behielte.

Das Gesetz fordert zur Gültigkeit der Hypothek eine Bezeichnung der Eigenschaft und Lage des verhypothecirten Grundstücks. Darf man nun gleich diese Verordnung nicht so buchstäblich verstehen, als sey es nothwendig, jedes einzelne Stück Land des verpfändeten Grundstückes nach seinen Gränzen und Nachbaren zu bezeichnen **), (bey großen Gütern würde eine sol-

*) *Persil*, régime hypothéquaire, p. 195; *Vauvillier*, traité des priviléges et hypothéques. (Paris 1809. 8.) p. 128.

**) *Persil* l. c. p. 196. Dessen ungeachtet ist dieses, wenn es möglich ist, räthlich. Daß es aber nicht nothwendig sey, erhellet schon aus dem Berichte an den Rath der Fünfhundert, über das Gesetz vom 11ten Brümaire VII., wodurch der Grundsatz der Specialität eingeführet wurde. Es äußerte sich in Hinsicht des hier in Frage stehenden Gegenstandes der Bürger Jacqueminot folgender maaßen: "en imposant à

che genaue Bezeichnung oft fast unmöglich seyn, wenigstens ungeheuere Unkosten verursachen, wenn dazu die Materialien fehlten); so ist doch eine solche Bezeichnung nicht hinlänglich, wodurch dem Gesetze der Specialität so wenig Genüge geleistet würde, daß man nicht füglich das verpfändete Grundstück von einem andern würde unterscheiden können. Gern gestehe ich jedoch, daß die Gränzen der Genauigkeit der Bezeichnung stets sehr ungewiß seyn müssen, und daß bey Entscheidung über die Gültigkeit der Hypothek, in

---

ceux qui stipulent volontairement une hypothèque l'obligation de désigner les immeubles qui y seront affectés, on n'entent pas les obliger à désigner chaque immeuble par sa consistance, sa situation, ses tenans et aboutissants. Il suffit, par exemple, que la convention porte que le débiteur affecte tous les immeubles qu'il a dans telle commune, sur le territoire de cette commune, consistant en maisons, vignes, prés, terres labourables, bois etc., ou qu'il a telle maison, tel bois; on n'exige pas plus de détail dans les diverses inscriptions d'un droit hypothécaire quelconque." (Législation hypothécaire p. Guichard, T. I. p. 261.) So authentisch diese Auslegung ist, so ist es doch nicht räthlich, sie ganz wörtlich zu befolgen, sondern es wird in der Regel, wo nicht zu der eigentlichen Gültigkeit der Hypothek, doch zur eigenen Sicherheit des Gläubigers, mehr Specialität als hier für nothwendig erachtet wird, anzurathen seyn.

Hinsicht ihrer Specialität, Vieles dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben muß; wenigstens so lange, bis die Jurisprudenz hierüber die Gesetzgebung erläutert haben wird. Auf keine Weise würde aber eine Hypothekbestellung gültig seyn, welche z. B. auf alle dem Schuldner auf einer gewissen Feldmark, oder gar in dem Bezirke einer gewissen Hypothekenconservation gehörenden Grundstücke, ohne weitere Bezeichnung *), bestellt wäre, wie dieses durch das folgende Erkenntniß des Französischen Cassationshofes entschieden ist.

Die für nichtig erklärte Bestellung lautete:

"auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Güter des Schuldners, und besonders auf diejenigen, welche er in dem Bezirke der Hypothekenconservation zu N. besitzt."

Urtheil.

Der Cassationshof:

In Erwägung, daß der zwischen C. und D. eingegangene Hypothekvertrag eben sowohl als die nachher bewirkte Inscription gänzlich über die Natur der angeblich verhypothecirten Güter schweigt;

daß das Gesetz vom 11ten Brumaire des Jahres VII. die Anzeige der Eigenschaft und Lage der un-

*) Doch sahen wir, daß, nach dem rapport au conseil des cinq-cent von Jacqueminot, eine nur sehr summarische Bezeichnung für hinlänglich geachtet wird.

beweglichen Sachen, worauf die Hypothek verwilligt ist, verlangt;

daß der Wille des Gesetzgebers hierunter um so weniger ungewiß ist, da er von neuem wieder in dem Art. 2129. des C. N. ausgedruckt wurde; . . .

daß eine Hypothekbestellung und Inscription, welche auf keine Weise die von dem Gesetze als wesentlich vorgeschriebenen Formen erfüllt, als nichtig angesehen werden muß, und daß also diejenigen Vortheile nicht daraus erwachsen können, welche das Gesetz nur mit solchen Verträgen und Inscriptionen verknüpft, die seinem Willen gemäß abgefaßt worden sind:

Cassirt, u. s. w.

(23ten August 1808. Civilsection.)

XI.

Erneuerung der Hypothekeinschreibung. *)

Hat der Gläubiger die Verpflichtung seine Hypothekeinschreibung erneuern zu lassen, wenn das zehnte Jahr, von dem Tage wo diese Statt fand, während der Verhandlungen über das Rangverfahren abläuft?

In dem mit Recht geschätzten Werke Persil's über das Französische Hypothekenwesen **) hat sich, bey der Erläuterung des Art. 2154. des C. N., ein nicht unwichtiger Fehler eingeschlichen, welchen der Verfasser zwar selbst, in einem spätern Werke ***), aner-

*) Von wichtigem transitorischen Interesse für die am westlichen Rheinufer gelegenen Deutschen Länder.

**) Régime hypothècaire, ou commentaire sur le XVIII. Titre du Livre IIIe du C. N. rélatif aux Privilèges et Hypothèques; par *J. C. Persil.* à Paris 1809. 8.

Eine gut gerathene und mit einigen interessanten Anmerkungen bereicherte Uebersetzung ist davon vorhanden von F. Collenbach, Referendar bey dem Großherzoglich Bergischen Staatsrathe. Düsseldorf 1810. 8.

***) Questions sur les privilèges et hypothèques, saisies immobilières et ordres, faisant suite au rè-

kannt hat *), dessen Berichtigung jedoch auch hier nicht überflüssig erscheinen wird, da das erste Werk Persil's durch die Uebersetzung in Deutschland, und nahmentlich in Westphalen, weit bekannter geworden ist, als es das letztere wahrscheinlich werden möchte. Persil sagt am zuerst angeführten Orte **): "Damit die Erneuerung der Hypothek rechtliche Wirkung habe, so muß sie vor dem Ablaufe der Jahre, und spätstens am letzten Tage derselben Statt finden. Die Streitigkeiten, welche wegen der Vertheilung entstehen (contestations sur la distribution), und während welcher die zehn Jahre zu Ende gehen könnten, befreyen den Gläubiger nicht von der Verbindlichkeit der Erneuerung. So urtheilte der Cassationshof am 5ten April 1808."

Diese letztere Behauptung ist irrig. Der Verfasser erkennt seinen Irthum auf folgende Weise selbst an.

"Ich weiß nicht, durch was für ein unglückliches Schicksal ich in meinem Werke über das Hypothekenwesen, zum Art. 2154. No. III., geradezu das Gegentheil von dem sagte, welches ich zu sagen beabsichtigte, und selbst das Gegentheil von dem, welches der Cassationshof entschieden hatte, obgleich ich dessen Urtheil anführte. Ich nehme hier also Gelegenheit, die-

---

gime hypothécaire, par *J. C. Persil.* à Paris. II Tomes. 1812. 8.

*) T. I. p. 370.

**) Règime hypoth. p. 292.

sen Irrthum zu widerrufen, und die richtigen Grundsätze auszuführen.

Die Erneuerung einer Hypothek ist dann nothwendig, wann dieselbe ihre Wirkung nicht früher, als nach Ablauf der gesetzlichen zehn Jahre, hervorzubringen vermag. Alsdann muß der Gläubiger, dessen Vortheil es erheischt, seinen Rang zu behaupten, die Einschreibung erneuern lassen, ehe diese ihre Wirkung verlohren hat, und also spätestens am letzten Tage der zehn Jahre.

Aber dieser Grundsatz kann alsdann keine Anwendung finden, wenn die Hypothek unwiderruflich festgestellt ist, oder wenn ihr Rang auf eine unbestimmte Zeit seine Feststellung erhielt.

Die Eintragung wird überflüssig, indem sie, auf eine gewisse Weise, ihre ganze Wirkung von dem Zeitpuncte an hervorbrachte, da man von ihr Gebrauch zu machen begann; dieß geschieht aber, sobald das Grundstück gerichtlich verkauft ward, der Zuschlag erfolgte, und also der Käufer dadurch die Verpflichtung erhielt, den collocirten Gläubigern den Kaufpreis auszuzahlen.

Der Art. 696. des Code de proc. (Art. 628. westphäl. Pr.-Ord.) läßt hierüber gar keinen Zweifel. Er setzt zum voraus, ohne daß man dieses bestreiten könnte, daß die Eintragung schon einen Theil ihrer Wirkung hervorbrachte, und daß sie das Recht der Gläubiger an dem Grundstücke feststelle; weil, nach dem Tage der Eintragung der Bekanntmachung der Arrestanle-

gung an die eingetragenen Gläubiger, der Arrest nicht anders als mit Bewilligung derselben, oder in Gemäßheit eines gegen sie abgegebenen Erkenntnisses, gelöscht werden kann.

Wenn also durch die Arrestanlegung, durch die Bekanntmachung, welche davon gemacht ist, und durch den Zuschlag, welcher darauf folgte, die Eintragung ihre Wirkung hervorbrachte: so darf die Erneuerung derselben nie gefordert werden, so lange auch die gerichtlichen Verhandlungen dauern mögen, welche über die Rangbestimmung statt haben. Eine solche Erneuerung würde unnütz seyn, da durch den Zuschlag alles vollzogen ist.

Nach diesen Grundsätzen erkannte am 5ten April 1808 der Cassationshof in der Sache des H. Laurier.

Dieser Gerichtshof zog in Erwägung:

Daß aus den Verfügungen der Art. 23. und 31. des Gesetzes über das Hypothekenwesen, und des Art. 431. des Gesetzes von dem gerichtlichen, Schulden halber vorzunehmenden Verkaufe, folgte:

a) Daß die Erneuerung einer Hypothek lediglich in dem Falle nothwendig sey, wo die Eintragung vor dem Ablaufe der Frist der zehn Jahre ihre volle Wirkung noch nicht gehabt hat; daß aber, wenn vor dem Ablaufe dieser Frist der Gläubiger von seinem Rechte Gebrauch machte, um entweder seinen Concurs oder seinen Vorzug, in Beziehung auf die übrigen Gläubiger des Gemeinschuldners,

geltend zu machen, alsdann die Erneuerung weder nothwendig noch nützlich ist, indem, in diesem Fall, die Inscription selbst keinen Gegenstand mehr hat.

b) Daß daraus folge, daß im Fall eines gerichtlichen, Schulden halber vorzunehmenden Verkaufs, die Hypothek-Eintragung ihre Wirkung von dem Tage an hervorbringe, wo die Adjudication des Grundstückes, öffentlich durch gedruckte Anschläge bekannt gemacht ist. . . . ."

XII.

Unbestimmte Herrendienste. *)

Sind diejenigen Herrendienste als unbestimmte anzusehen, und also, ohne Entschädigung, für aufgehoben zu erachten, welche nur in ihrem Maximum eine Bestimmung erhielten? **)

Es ist eine sehr gewöhnliche Erscheinung unter den Menschen, daß sie, statt mit Dank ihnen angebothene Wohlthaten anzuerkennen, eben aus diesen Wohlthaten Gelegenheit hernehmen, Pflichten zu verkennen, die sie sonst willig erfüllten.

Im hohen Grade hat sich diese traurige Wahrheit auch bey der Gelegenheit bewährt, daß dem Bauern-

*) Von dauernd practischem Interesse, in den Landen, wo die westphälischen Gesetze, die Aufhebung der unbestimmten Dienste betreffend, nicht zurückgenommen sind; in den übrigen von transitorischem, wegen rückständiger Dienste.

**) Vergl. des Hrn. Tribunal-Richters (jetzigen Ober-Landesgerichts-Raths) Fr. Heinr. v. Strombeck Abhandl. über das in Gefolge des kön. Decrets vom 18. Aug. 1809 zu beobachtende Verfahren bey Ablösung von Diensten, Zehnten und andern Gefällen, in dessen kleinen juristischen Abhandlungen Heft I. S. 12.

stande durch die neusten, nicht stets mit Sachkenntniß abgefaßten westphälischen Gesetze ungleich größere Gerechtsame, als er sonst hatte, eingeräumt worden sind. Zehnten, Dienste und alle Arten der Grundgefälle sind für ablöslich erklärt; unbestimmte Dienste aber, mit außerordentlicher Härte gegen die armen Dienstherren, gänzlich, und ohne Entgeld, abgeschafft.

Was ist die Folge hiervon gewesen? — Etwa eine desto willigere Erfüllung derjenigen Lasten, welche übrig blieben, ein gerechtes Mitleiden gegen den Gutsherrn, der Gerechtsame, theils ganz, theils gegen eine oft nicht hinlängliche Entschädigung verlohr, welche er mit größerm Rechte sein Eigenthum nannte, als der Landmann diejenigen Grundstücke, die er nur bedingungsweise erhielt, nemlich um jene aufgehobenen Dienste und abkäuflich erklärten Prästationen zu leisten? *) — Keinesweges. Die am sichtbarsten sich zeigende Folge bestand darin, daß dem Gutsherrn auch dasjenige verweigert wurde, welches ihm die Gesetze sicherten, daß ihm die von diesen bewilligte Entschädigung entweder entzogen, oder wenigstens durch Chicanen erschwert ward, und daß der Landmann dasjenige, welches er sonst willig seinem Gutsherrn hintrug, dessen Vorfahren ihm seine Besitzung einräumten, den Advocaten und Sportelcassen opferte **).

*) Vergl. Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover, Thl. I. S. 111.

**) Man vergleiche über diese Materie eine kürzlich erschienene Schrift: Ueber die im Königreiche West-

So sehr widerstrebte Eigennutz und Chicane der Absicht des Gesetzes, das Beste derjenigen Classe der Staatsbürger zu befördern, die man als bedauernswürdig geschildert hatte, die aber, in der Regel, unter den aufgehobenen Gesetzen in einem bedeutenden, stets wachsenden Wohlstande lebend, von denjenigen Lasten, welche sie ehemahls zu tragen, wenig gedrückt wurde.

Der hier mitzutheilende Fall ist ein neuer Beweis dieser Wahrheiten, wobey ich bemerke, daß die Entscheidung desselben auch für die Bewohner der mit Frankreich vereinigten Provinzen Interesse hat *), da, in Beziehung auf die zu erörternde Materie, die französische und westphälische Gesetzgebung genau mit einander übereinstimmen.

Das königliche Decret vom 27sten Julius 1809, wodurch das die Leibeigenschaft aufhebende Decret vom 23. Januar 1808 erklärt wird, schreibt vor:

"Art. 3. von den ehemahls den Gemeinden, als solchen, oder den Privatpersonen auferlegten Frohndiensten sollen in Zukunft nicht mehr gefordert werden können: . . . . . .

---

phalen erhaltenen gutsherrlichen Berechtigungen und über die Statthaftigkeit, sie durch possessorische Klagen bey den Friedensgerichten rechtsgeltend zu machen. Göttingen 1812.

*) Geschrieben 1812.

3) Die ungemessenen Dienste.

Art. 4. Als ungemessene Dienste sollen folgende nicht betrachtet werden:

1) Diejenigen, welche durch die Anzahl der Tage, oder durch ihre Quantität bestimmt sind;

2) Diejenigen, welche, ohne durch die Anzahl der Tage oder ihre Quantität bestimmt zu seyn, es gleichwohl dadurch sind, daß die Größe der Grundstücke bestimmt ist, welche die Dienstpflichtigen zu pflügen, zu besäen, oder abzuernten verpflichtet, oder wovon sie die Früchte einzufahren verbunden sind.

Alle übrigen Dienste von welcher Art sie immer seyn, oder unter welcher Benennung sie vorkommen mögen, gehören in die Classe der ungemessenen Dienste, und sind folglich für abgeschafft erklärt. Dahin gehören auch diejenigen Dienste, welche zum Behuf der vom Dienstherren vorzunehmenden Bauten (Baudienste, Baufrohnen, Burgfeste) bisher geleistet wurden, es sey denn, daß bey denselben die Anzahl der Tage bestimmt wäre." *)

---

*) Das französische Decret vom 9ten December 1811 verordnet in dieser Materie folgendes: Art. 17. "Sont supprimées également sans indemnité, les corvées personelles imposées par la seule raison que les personnes étaient vasalles ou habitoient certaines localités; toutes autres corvées, même ré-

Die Frage, welche in dem mitzutheilenden Falle zur Entscheidung kam, war nun die: Sind auch solche Dienste als ungemessene anzusehen, die lediglich in ihrem Maximum eine feste Bestimmung erhielten? — Sehr häufig nemlich haben Güter die Berechtigung, von ihren Dienstpflichtigen Baudienste, Kornfuhren u. s. w., so oft als dergleichen ge-

---

elles, pour lesquelles il ne seroit pas prouvé, par titres en bonne forme, qu'elles proviennent d'une concession de fonds ou de droit réel; *les corvées même réelles et appuyées de titres, si elles sont indéterminées*, à defaut des conditions préscrites par l'art. 19.

Art. 19. Sont réputées indéterminées les corvées pour lesquelles l'une des trois choses suivantes n'est pas déterminée par le titre de concession, ou par les reconnaissances passées aux terriés, savoir 1°. la quantité des travaux; 2°. le nombre de jours; 3°. l'étendue des fonds pour l'exploitation desquels la corvée est due; ce qui s'appliquera à toute obligation de travailler et de charier, même en fait de construction. Si le nombre des jours est déterminé, mais que le genre de travail ne le soit, même par l'usage, les corvéables ne pourront réfuser d'employer ces journées au travail qui leur sera demandé, pouvu qu'il soit relatif à la culture ou à l'exploitation des terres. En cas de contestation sur le genre de travail demandé, il y sera statué par le juge de paix, sauf l'appel."

braucht werden, doch nie mehr als wöchentlich, monathlich oder jährlich so und so viel mahle, zu fordern.

Der Dienstherr hat denn nicht das Recht, wenn er die Dienste nicht forderte, solche in Gelde sich ersetzen, oder für dieselben sich andere Arten der Dienste leisten zu lassen, denn sie erhielten ihre feste Bestimmung zu Bauten, Korn- oder Reisefuhren u.s.w., und trat die Nothwendigkeit zu solchen nicht ein, so wurden sie auch nicht geleistet, — in so fern waren diese Dienste also unbestimmt; aber ein gewisses Maaß durfte bey ihnen nicht überschritten werden, — in welcher Hinsicht sie also eine sehr gewisse Bestimmung hatten.

Es kann keinen bedeutenden Zweifel leiden, daß diese Arten der Dienste, nach dem Geiste, sowohl der westphälischen als französischen Decrete, für bestimmte zu achten. Beide gesetzliche Verfügungen hatten unstreitig zur Absicht, dem Landmanne eine Last zu entheben, welche, eben weil sie kein bestimmtes Maaß hatte, sich jedem ökonomischen Calcul zu entziehen schien. In einem gewissen Unwillen gegen, selbst dingliche, Lasten dieser Art, zerstörte sie also der Gesetzgeber gänzlich, statt, daß er durch Beschränkung in bestimmte Grenzen, ihnen ein festes und billiges Maaß hätte anweisen sollen *). Dienste, so wie

*) Diese Gesetzgebung hat nämlich veranlaßt, daß Gutsbesitzer, welche die Dienste, so oft sie es wollten, d. i. höchstens wöchentlich sechsmahl (denn des Sonn-

sie hier in Frage stehen, haben jenen Character der Unbestimmtheit nicht. Der Dienstpflichtige kann seinen öconomischen Calcul nach ihrem *Maximum* machen, und handelt sehr ungerecht, wenn er aus dem Umstande, daß man von ihm nicht stets das *Maximum* forderte, nun das Recht herleiten will, künftig gar nichts mehr leisten zu wollen. Solche Ungerechtigkeiten zu begünstigen, war die Absicht des Gesetzgebers nicht, der die Gutsbesitzer eben so sehr in ihrer Eigenschaft der Staatsbürger als die Dienstpflichtigen beachtet, und der es gewiß fühlt, daß erstere weit mehr eines gewissen Mitleidens als die letzteren bedürfen, da sie dem allgemeinen Besten unendlich größere Opfer an wohl erworbenen Eigenthume als letztere darbrachten, welche Opfer sich bey denjenigen Gutsbesitzern, die nur einen mäßigen Theil ihrer Besitzungen, nach Abrechnung ihrer Schulden, als reelles, reines Eigenthum ansehen konnten, oft auf das Ganze dieses letztern erstreckt *).

---

tages wurde nirgend gedient), fordern konnten, sie ohne Entgeld verlohren, wenn gleich sie von ihrem Rechte vielleicht kaum nur zweymahl wöchentlich Gebrauch machten, dahingegen Gutsbesitzer, welche fünf wöchentliche Dienstage fordern konnten, und auch forderten, sie behielten. Vielleicht schwebte dem Gesetzgeber bey seiner Absicht dem Landmanne Erleichterung zu verschaffen dieser Fall nicht vor Augen. Er ist in der Praxis oft eingetreten.

*) Dieser Fall tritt öfter ein, als man glaubt. Ein großer Theil des hannoverschen Adels hatte nur ein

Obige Grundsätze sind am 16ten Januar 1812, von der zweyten Section des Appellationshofes in folgender Sache zur Anwendung gebracht.

Viertheil an seinen, von Abgaben freyen, Gütern frey. Der Rest war verschuldet. Indem nun die Constitution $\frac{1}{5}$ des Ertrages der Grundstücke als Grundsteuer zu erheben erlaubt, bleibt von dem freyen $\frac{1}{4}$. dem Gutsbesitzer nur eine Kleinigkeit über. Verliehrt er nun diese durch die Vexationen seiner Dienst- und Zinspflichtigen (die von manchen Gerichten auf eine nicht zu rechtfertigende Weise begünstigt zu werden scheinen), so bleibt ihm nichts übrig, als Güter mit dem Rücken anzusehen, welche seit Jahrhunderten seine Vorfahren ernährten. Möchten doch solche Magistrate in den Geist einer Regierung dringen, die nicht will, daß eine ganze Classe der gebildetsten Staatsbürger dem Eigennutze und der Chicane aufgeopfert werde! Zeigen nicht eine Menge von Verfügungen diesen Willen der Regierung?

Ueberdem ist es ein großer Mißgriff in Erkenntnissen von politischen Gründen zu reden (wie geschehen ist). Der Richter ist nur Urtheiler nicht Administrator, oder gar ein Gesetzgeber in Kleinem. — Wann wird man diesen so einfachen Satz allgemein anerkennen, oder wenn er anerkannt seyn sollte, ausüben? — Vergl. die oben angezogene Schrift über die erhaltenen Gutsherrlichen Berechtigungen, welche, wenn ich mich nicht täusche, einen berühmten westphälischen Staatsmann zum Verfasser hat.

(Dieser 1812 geschriebenen Note möchte ich jetzt 1815 den Wunsch hinzufügen, die Gutsbesitzer von

Die Ackerleute, Andreas Schutze und Consorten zu Grieben, Districts Stendal, hatten dem von Itzenplitzischen Gute daselbst, nebst andern unbestrittenen Diensten, seit undenklichen Zeiten, auch Baudienste, durch Fuhren und Handarbeit, geleistet. Die Zeiten gaben ihnen den Gedanken ein, sich der fernern Ableistung der letztern zu weigern, weil diese Gattung der Dienste zu den abgeschafften ungemessenen gehörten. Der Gutsherr wurde also in possessorio gegen sie bey dem Friedensgerichte klagbar, und da sie vor diesem nicht umhin konnten einzuräumen "seit einigen Jahren, bis vor sechs Wochen, die befraglichen Baudienste, mit Fuhren und Handarbeit, jeder wöchentlich einen Tag, so oft es ihnen angesagt, verrichtet zu haben": so wurden sie auch zu deren fernern Leistung schuldig verurtheilt.

Jetzt stellten sie gegen ihren Gutsherrn, bey dem Tribunale zu Stendal, die petitorische Klage, auf Freysprechung von den fraglichen Diensten, an, wobey sie auszuführen suchten, es wären diese nur in Rücksicht der dem Beklagten zugestandenen Gerichtsbarkeit, nicht aber als Preis der Ueberlassung von Grundeigenthume geleistet, und mithin für aufgehoben zu achten, überdem aber wären sie ungemessen, da weder die Zahl der Tage, noch der Umfang der Arbeiten genau be-

---

Lasten befreyt zu sehen, denen sie, aus obigen Gründen nothwendig erliegen müssen).

stimmt sey. Sie müßten so oft dienen, als es dem Berechtigten gefällig wäre; vielleicht in einem Jahre gar nicht, im andern nur einige Tage und im dritten deren 52; so, daß diese Dienste als ganz ungemessen angesehen werden müßten, wobey sie sich auf ein, mit gar keiner Unterschrift versehenes, Dienstverzeichniß, welches dem Hofbriefe des einen Klägers angehängt war, bezogen, worin es heißt:

"Außerdem muß ein jeder Ackermann den Bau-
„und Bühnendienst, so oft es angesaget wird,
„verrichten."

Excipiendo setzte der Beklagte den Klägern ihr eigenes gerichtliches Eingeständniß, "daß sie seit einigen Jahren den fraglichen Dienst wöchentlich mit einem Tage, so oft er ihnen angesagt worden, geleistet", entgegen, und fragte, wie man denn solchen Dienst, wenn er auch, entweder aus Mangel an Arbeit oder aus gutem Willen, nicht alle Wochen gefordert wäre, in die Kategorie der unbestimmten rechnen könne?

In der Replik setzten nun die Kläger diesem wieder entgegen, erst seit Einführung der Constitution des Königreichs Westphalen habe der Beklagte angefangen, den in Frage stehenden Baudienst als einen bestimmten Dienst einmahl in der Woche zu fordern (dahingegen derselbe vorher unbestimmt, so oft Bauten vorgekommen, gefordert sey), um ihn dadurch zu einem bestimmten Dienst umzuschaffen.

Das Tribunal zu Stendal erkannte hierauf am 22ten May 1810:

"In Erwägung, daß, nach dem bey dem Friedensgerichte im possessorischen Processe abgegebenen Geständnisse der Kläger, — daß sie bisher wöchentlich einen Tag Baufuhren geleistet haben, — nach dem Königl. Decrete vom 27. Jul. 1809 Art. 4. aber die Baudienste, wenn die Anzahl der Tage bestimmt ist, nicht zu den abgeschafften ungemessenen Baudiensten zu rechnen; — der Einwand aber, daß es von der Willkühr des Beklagten abhange, in welchen Wochen er die Baudienste zu fordern nöthig findet (mithin selbige nicht gleichförmig geleistet worden), nicht in Betracht kommt, da dieß auch bey den bestimmten Hofdiensten der Fall ist;

Dahingegen der Kläger Einwand, daß Beklagter erst seit Einführung der Constitution des Königreichs Westphalen den Baudienst als einen bestimmten Dienst einmahl in der Woche zu fordern angefangen, selbiger aber vorher unbestimmt, wenn Bauten vorgekommen, geleistet worden, — allerdings erheblich und durch den Briestischen Hofbrief, d. d. 8ten April 1802, unterstützt wird: — annoch, bey dem vorher von Klägern abgegebenen Geständnisse, deßfalls vollständiger Beweiß erforderlich ist: daß Kläger binnen 4 Wochen, den Gegenbeweiß des Beklagten vorbehältlich, zu erweisen gehalten: "daß der Baudienst vor dem Jahre 1808 unbestimmt, nach jedesmahliger Ansagung ge-

leistet worden", worauf sodann ferner ergehe was Rechtens."

Gegen dieses Erkenntniß legten die Kläger die Appellation ein, welche sie besonders dadurch zu rechtfertigen suchten, daß sie behaupteten, Dienste, welche die eingestandene Beschaffenheit hätten, wären offenbar als unbestimmte anzusehen, sie hätten also von diesen Diensten freygesprochen, oder wenigstens der Appellat mit dem Beweise beschwert werden müssen.

Die zweyte Section des Appellationshofes bestätigte jedoch obiges Erkenntniß, am 16ten Januar 1812, durch folgendes

Urtheil.

Die zweyte Section des Königl. Appellationshofes,

Nach Ansicht der Art. 4 und 10. des k. Decrets d. d. 27ten Jul. 1809, wodurch das die Leibeigenschaft aufhebende Decret vom 23ten Januar 1808 erklärt wird;

der Expedition eines Erkenntnisses des Friedensgerichts des Cantons Grieben, d. d. 7ten Febr. 1810, in Sachen Joachim Liesecke und Consorten, gegen den Gutsbesitzer von Itzenplitz;

des Originals eines Erbkaufcontracts, d. d. Grieben 2ten April 1802, zwischen dem Ackermann Andreas Rogge und dessen Ehefrau an einem und Gottfried Briest an andern Theile, über einen Ackerhof zu Grieben;

In Erwägung, daß nach Maaßgabe des gedachten K. Decrets für unbestimmte Baudienste nicht zu achten sind, solche, bey denen die Anzahl der Dienst-tage bestimmt ist;

In Erwägung, daß der Sinn dieser Worte, nach einer vernünftigen Interpretation, kein anderer seyn kann, als daß das Maximum der zur Dienstpflicht bestimmten Tage festgesetzt seyn müsse, indem unmöglich anzunehmen steht, daß der Umstand, daß der Dienstherr von seinem vollen Rechte nicht stets Gebrauch gemacht, und von Zeit zu Zeit weniger gefordert, als er zu fordern berechtiget war, jetzt von den Dienstpflichtigen, (die solches mit Dank zu erkennen, verpflichtet wären) gegen den Eigenthümer der Dienste angeführt werden könne, und dadurch in ihrem Maximo bestimmte Dienste zu unbestimmten Diensten qualificiren zu wollen;

In Erwägung, daß, nach Maaßgabe des angeführten, in possessorio abgegebenen, Erkenntnisses des Friedensgerichts zu Grieben,

> "die Verklagten, jetzt Appellanten, eingeräumt, daß sie, bis vor sechs Wochen, wöchentlich einen Tag Baufuhren zum Gute Grieben, wenn ihnen solches angesagt worden, seit einigen Jahren, ein jeder geleistet",

aus dieser Erklärung aber bestimmt folgt, daß, wenigstens seit einigen Jahren, vom 4ten Febr. 1810

zurückgerechnet, das Maximum der Baudienste quaest. in einem wöchentlichen Diensttage bestanden;

In Erwägung, daß die, dem angeführten Kaufbriefe angehängte Specification der von dem Hofe des Adquirenten zu leistende Dienste, theils nichts als eine nicht-unterschriebene und also keinen Glauben verdienende, Designation, theils auch nicht daraus erhellet, daß solche, nach Vernehmung des appellatischen Theils aufgenommen sey;

In Erwägung, daß aus allem diesen folgt, daß sich Appellanten gewiß nicht zu beschweren, vielmehr vortheilhafter für sie, der Lage der Sache nach, erkannt worden, als sie erwarten konnten, wenn ihnen annoch die in der Sententia a qua aufgeführten Beweise nachgelassen worden,

Erkennet:

daß gegen die Sentenz des Tribunals zu Stendal, d. d. 20ten May 1810, übel appellirt, und daher solche zu bestätigen, mit Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präsident; v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellat.-Richter. H. Blumenbach, S. P. G. concludirte conform.

XIII.

Eid der Wissenschaft. *)

Ist nach dem Gesetzbuche Napoleons der Eid der Wissenschaft oder Nicht-Wissenschaft zulässig?

Der Art. 1559. des C. N. schreibt vor: "Der Entscheidungseid kann nur über eigne Handlungen dessen, den man ihn anträgt, zugeschoben werden."

So klar es ist, daß durch diese Verordnung des französischen Rechtes (in solchen Sachen in welchen es zur Anwendung kömmt) **) der Glaubenseid ausgeschlossen sey: eben so gewiß ist es, daß sowohl die Na-

*) Von transitorischem Interesse.

**) Rechtswissenschaft, Thl. I. S. 806. — Die daselbst ausgeführten Grundsätze sind am 19. Nov. 1812 von der zweiten Section des A.-H. angewendet in Sachen Feuge g. Albrechtsche Stiftung: "In Erwägung, daß die den Parteien zustehenden Beweismittel stets nach derjenigen Gesetzgebung beurtheilt werden müssen, welche zu der Zeit gültig war, als das Geschäft, welches bewiesen werden soll, unter den Parteien abgeschlossen wurde, woraus also folgt, daß die Vorschriften des C. N. über die Nichtstatthaftigkeit der Glaubenseide im vorliegenden Falle nicht anwendbar seyen."

tur der Sache, als die französische Jurisprudenz den Wissens- oder Nichtwissenseid, dieser Verordnung ungeachtet, zulassen *).

"Alles was jemand wissen kann, sey es, daß er es selber gethan hat, oder weil er mitgewirkt hat, oder dabey gegenwärtig war, oder als Geschäftsherr oder Nachfolger die Vermuthung gegen sich hat, davon unterrichtet worden zu seyn, gehört in unserm Sinne zu eigenen Handlungen, und es kann über Wahrheit und Nichtwahrheit, in den drey ersten Fällen, oder über

---

*) *Maleville*, analyse ad art. 1359. "L'héritier peut bien être mis au serment pour déclarer s'il ne sait pas que son auteur devoit; mais c'est toujours un fait à lui personnel." M. *Jaubert*, tribun, rapport: "Des héritiers ne peuvent être tenus d'affirmer qu'il étoit dû à leur auteur; seulement ils seroient tenus d'accepter le serment sur ce qui peut être parvenu à leur connaissance."

Pigeau, T. I. p. 243.

Zachariä, Thl. IV. St. 427.

Spangenberg, Commentar, Thl. III. S. 82.

Auch der Richter kann den Wissenseid zuschieben. Erkenntn. des franz. Cassat.-Hofes vom 14. Aug. 1811. "Attendu que le serment qui a été déféré au tuteur, sur des faits dont il pouvoit avoir connaissance est un serment supplétaire qu'un juge a le droit de déférer. . . ." Jurispr. du C. N. T. XVII. p. 81.

Wissen und Nichtwissen, in den drey letzten Fällen, der Eid aufgetragen werden." *)

Obige Grundsätze sind von der zweiten Section des Appellationshofes am 27sten November 1812 in Sachen des Domaineneinnehmers Graen zu Hildesheim gegen die Ehefrau des Israeliten Selig-Meyer zur Anwendung gekommen.

Die letztere behauptete, daß der Schwiegersohn des erstern, als sein Bevollmächtigter, sich mit ihrem Anwalte, als ihrem Bevollmächtigten, wegen eines gewissen processualischen Gegenstandes verglichen habe; und schob dieserhalb, vor dem Tribunale zu Hildesheim, da Hr. Graen diese Umstände leugnete, solchem den Entscheidungseid zu.

Das Tribunal zu Hildesheim erkannte auch auf die Abstattung dieses Eides, faßte jedoch die Formel so, daß der Eid, so viel die Abschließung des Vergleichs durch den angeblichen Mandatar betraf, ein iuramentum ignorantiae wurde.

H. Graen, Beklagter, appellirte von dieser Entscheidung und führte aus:

Wenn es auch seine Richtigkeit hätte, daß er seinem Schwiegersohne den Auftrag gegeben, sich mit der Appellatinn zu vergleichen, und wenn er ferner auch denselben bevollmächtigt haben sollte, der Appellatinn 300 Rthlr. anzubiethen: so würde beides doch irrele-

*) Wörtlich aus Bauers Erläuterungen über den C. N. Thl. III. S. 265.

vant seyn, wenn nicht auch hinzukäme, daß wirklich der Vergleich, ohne weitern Vorbehalt, durch seinen Schwiegersohn zu 300 Rthlr. abgeschlossen sey. Dieser Umstand aber wäre die Handlung eines Dritten, und folglich, nach Art. 1359 des C. N., keine Eideszuschiebung darüber zulässig. Der Appellant leugne, daß der Vergleich wirklich abgeschlossen, und es müsse daher dieser Umstand auf andere Weise als durch Eidesdelation erwiesen werden. Ueberdem erhelle nicht, daß der Anwalt der Appellatinn von dieser zu Abschließung des Vergleiches bevollmächtigt, und sie von ihrem Ehemann dazu gehörig autorisirt sey.

Der Gerichtshof verwarf jedoch diese Beschwerden durch folgendes

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht der Art. 1358, 1359, 1361 des C. N.;

In Erwägung, daß der Entscheidungseid zwar allerdings nur über solche Thatsachen zugeschoben werden kann, welche dem streitenden Theile, welcher den Eid ableisten soll, persönlich sind, daß aber auch der Umstand, ob der Mandatar eines Mandanten für letzteren ein Geschäft ausgerichtet, als diesem persönlich betrachtet werden muß, auf jeden Fall aber (wenn man auch dieses bezweifeln wollte) der Umstand der Scienz der Ausrichtung des Geschäftes, als dem Mandanten persönlich zu betrachten ist;

In Erwägung, daß die Eidesformel, so wie sie von dem ersten Richter festgesetzt (ob es gleich keiner Veränderung des Beweis-thematis bedurft hätte) im Wesentlichen nichts anders enthält, als was in der von der Appellatinn redigirten Formel enthalten;

In Erwägung, daß der Appellatinn der Umstand, daß sie zu dem behaupteten Vergleiche nicht von ihrem Ehemanne autorisirt, nach dem Art. 225. des C. N., nicht von dem Appellanten, als einem Dritten, entgegengesetzt werden kann;

In Erwägung, daß es eben diese Bewandtniß, mit dem prätendirten Mangel einer Vollmacht des Mandatars der Appellantinn hat, da sie dessen Geschäft genehmiget;

Erkennt:

daß von dem ersten Richter durch dessen Sentenz vom 14ten Febr. 1812 wohl gesprochen, übel aber appellirt, mithin solche zu bestätigen, und Appellant in sämmtliche Kosten, auch Gebühren des Armen-Anwaltes der Appellatinn, zu verurtheilen.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, v. d. Wense, Wedemeyer, Appel.-Richter. H. Blumenbach, S. P. G. concludirte conform.

XIV.

Empfehlungsschreiben der Kaufleute. — Verbindlichkeiten aus denselben.*)

In wie fern sind Kaufleute aus ihren Empfehlungsschreiben verbindlich; und nach welchen Grundsätzen sind solche auszulegen, wenn sie eine Garantie der Geschäfte enthalten, zu deren Abschließung derjenige, an welchen das Schreiben gerichtet ist, mit dem Empfohlenen eingeladen wird?

Die hier mitzutheilende Sache wird nicht dadurch merkwürdig und lehrreich, daß sie Veranlassung zu geben vermöchte, zweifelhafte oder noch nicht hinlänglich bekannte Rechtsgrundsätze zu erörtern; denn sie kann aus den Grundsätzen der gesunden Vernunft, welche in den Art. 1156 und 1163. C. N. ausgesprochen sind, entschieden werden: als vielmehr dadurch, daß sie ein merkwürdiges Beyspiel darbiethet, wie unsicher und schwankend die Anwendung natürlicher Principien sey, indem diese häufig unter mehrern sehr verständigen Personen sich auf eine mehrfache Art darstellen, und für wie mißlich es erachtet werden müsse, Ver-

*) Materien von dauernd practischem Interesse.

pflichtungen in unbestimmten und nicht hinlänglich klaren Ausdrücken einzugehen.

Aus diesen Gesichtspuncten betrachtet, ist der gegenwärtige, kurz zu erzählende, Rechtsfall sehr merkwürdig.

Am 24ten März 1810 schrieben die Banquiers Leffmann und Abraham Herz Cohen zu Hannover, an das Handlungshaus Jacob Friedrich Gontard und Söhne zu Frankfurt am M., folgendes Schreiben:

"Unsere Freunde, die Herren Gottschalk *et* Salomon in Hamburg, haben uns ersucht, ihnen ein Empfehlungsschreiben auf *Costy* *) zu geben; wir sind daher so frey, Sie zu ersuchen, im Fall diese Herren einige Gelder verlangen sollten, ihnen solche verabfolgen zu lassen, und wenn selbige Wechsel abzugeben haben, diese von ihnen mit völliger Sicherheit zu kaufen, weßhalb wir die Garantie übernehmen, da solches Haus sehr solide ist. Uebrigens ersuchen (wir) auch diese Herren freundschaftlich aufzunehmen, welches wir dankbar erkennen werden."

---

*) Costi. Dieses Wort wird nach dem Vocabulario della Crusca dahin bestimmt: avverbio locale di stato, e vale in cotesto luogo dove non è quel che parla. Lat. isthic, Gr. τῇδε. — Nach Francesco de Alberti di Villanuova: en ce lieu là, où n'est pas la personne qui parle. Hiermit stimmt auch nach den Handelswörterbüchern der Handelsgebrauch überein.

Während der Anwesenheit der Empfohlenen zu Frankfurt scheinen keine, oder doch nur unbedeutende, Geschäfte zwischen ihnen und dem Handlungshause, woran sie empfohlen waren, Statt gefunden zu haben. Leider gab aber diese Empfehlung zu einer Bekanntschaft unter beiden Veranlassung, und die Folge dieser waren bedeutende Wechselgeschäfte unter ihnen, welche ungefähr sechs Monathe nach der Abgebung des Creditbriefes Statt fanden. Wie unglücklich diese abliefen, zeigt die folgende Klage, welche das Frankfurtsche Handelshaus gegen das Hannoversche vor dem Districtstribunale zu Hannover anstellte.

Die Beklagten hätten den Kaufleuten Gottschalk und Salomon ein Empfehlungsschreiben an die Kläger (von dem bereits mitgetheilten Inhalte) mitgegeben. Bey dieser sichern Garantie eines der ersten Handelshäuser Deutschlands hätten sie kein Bedenken gefunden, sich mit den, übrigens ihnen völlig unbekannten, Empfohlenen in Handelsgeschäfte einzulassen, ihnen einige, jedoch nicht bedeutende, Summen an Gelde zu zahlen und ihre Wechsel ohne Bedenken anzunehmen. Die H. H. Gottschalk und Salomon seyen ihnen auf diese Weise die Summe von vierzehntausend siebenhundert vier Rthlr., Frankfurter Wechselzahlung, theils aus Wechseln, theils aus einigen kleinen baaren, für sie geleisteten Zahlungen, schuldig geworden, wie ein vidimirter Extract ihrer Handelsbücher ausführlich angäbe, und nun wären ihre (der Empfohlenen) Ri-

messen, so wie auch der Kläger auf sie selbst gezogenen Tratten, protestirt. Diese Proteste ergäben sich aus den der Klage beygefügten Originalen. Ihre Forderung an die Kaufleute Gottschalk und Salomon sey also um so mehr als völlig liquide und erwiesen anzusehen, da nach dem Art. 1329 des C. N., in Verbindung mit dem Art. 1367, unter Kaufleuten die Handelsbücher allein schon vollen Beweis bewirkten, und nur gegen den, der nicht Kaufmann wäre, noch beschworen werden müßten *), wozu sie übrigens erböthig wären. Es würde indessen dieses Anerbiethen um so über-

*) Diese Grundsätze sind gänzlich irrig. Der Art. 1329. sagt lediglich, daß die Handelsbücher gegen Nicht-Kaufleute keinen Beweis abgeben, woraus nun noch nicht folgt, daß sie unter Kaufleuten stets beweisen. Dieser Art. erhält vielmehr, in Frankreich, seine Ergänzung aus dem Art. 12. des Code de commerce, welcher verordnet: "Les livres de commerce, regulièrement tenus, *peuvent* être admis par le juge pour faire preuve entre commerçans, pour faits de commerce." Wie Delaporte in seinem Commentare über den C. de C. (Pand. fr. T. XIX. p. 128) sehr richtig bemerkt, ist hier also nicht gesagt, daß sie jederzeit volle Beweiskraft hätten. Eben so wenig ist der Richter gezwungen, ihnen gegen Nichtkaufleute stets so viel Glauben zu geben, daß der Kaufmann zum Erfüllungseide zuzulassen sey. Delaporte giebt ihnen diese Kraft: "s'il y a, par des circonstances, d'autres présumtions de la verité des fournitures."

flüssiger seyn, da von Seiten des Curators der Debitsache der Hauptschuldner die Forderung der Kläger für richtig angenommen wäre, und also die Beklagten, als Bürgen, keine Einreden gegen die Liquidität vorbringen könnten. Da nun die Hauptschuldner Gottschalk und Salomon insolvent geworden: so litte es keinen Zweifel, daß sie, die Kläger, berechtigt wären, sofort die Berichtigung ihrer ganzen liquiden Forderung von den Beklagten, als Bürgen, zu verlangen; wogegen sie bereit seyen, gegen Zahlung derselben, nicht nur jura cessa wider die Hauptschuldner, oder deren Masse, zu ertheilen, sondern auch das zur Zeit der künftigen Zahlung aus jener Masse etwa bereits baar Erhobene an die Beklagten auszuhändigen, und ginge daher ihr, der Kläger, Antrag dahin:

die Beklagten schuldig zu verurtheilen, die libellirten 14704 Rthlr. nebst Zinsen zu bezahlen.

Die Beklagten ließen sich auf diesen Vortrag im Wesentlichen dahin vernehmen:

Sie räumten es ein, den in Frage stehenden Creditbrief ausgestellt zu haben, ließen es aber dahin gestellt, ob die Kläger im Gefolge dieses Briefes mit den Empfohlenen späterhin diejenigen Geschäfte gemacht hätten, welche die der Klage angebogene Abrechnung besage, ebenfalls ließen sie die Richtigkeit sämmtlicher, der Klage angebogenen Wechselproteste u. s. w. auf sich beruhen, indem sie es für gänzlich unnöthig hielten, sich auf die gegenseitigen Berechnungen des Saldo der

zwischen den Klägern und den Banquiers Gottschalk und Salomon etwa Statt gehabten Geschäfte im mindesten einzulassen, da sie leugneten, daß, wenn auch die gegenseitige Forderung gehörig erwiesen werden könnte, sie, die Beklagte, irgend verbindlich seyen, dafür zu haften, und den Klägern den Betrag derselben zu bezahlen.

Der gedachte Brief sey durchaus nichts mehr und nichts weniger gewesen als ein Empfehlungs- und Creditbrief, welchen sie, die Beklagten, den beiden Hamburger Kaufleuten, auf deren Ansuchen, behuf ihrer damahligen Reise nach Frankfurt a. M. und auf die Dauer derselben gegeben hätten. Es hätten nämlich jene Kaufleute geglaubt, auf dieser Reise in den Fall kommen zu können, in Frankfurt einige Gelder aufnehmen oder Wechsel abgeben zu müssen, und da sie mit keinem Frankfurter Handelshause in Verhältnissen gestanden, so hätten ihnen die Beklagten durch ihren Empfehlungsbrief den Weg bahnen wollen, auf den sie jenen Zweck hätten erreichen können. Sie, Beklagte, hätten diesem gemäß die Kläger ersucht, den Ueberbringern des Briefes, falls sie dort einige Gelder verlangen sollten, solche verabfolgen zu lassen, auch mit völliger Sicherheit Wechsel von ihnen zu kaufen, als wofür sie, die Beklagten, die Garantie übernommen hätten, indem das Gottschalk- und Salomonsche Haus sehr solide sey.

Hätten nun die Kläger, im Gefolge dieses Ansuchens, den Reisenden auf ihr Verlangen, und während ihres Aufenthalts in Frankfurt, einige Gelder vorgeschossen, oder Wechsel von denselben an sich gekauft, und hätten sie dieses, wie es dem Handelsgewohnheitsrechte gemäß sey, den Beklagten sofort angezeigt, und sodann aus diesen Geschäften Verlust erlitten: so hätte es sich von selbst verstanden, daß die Garantie der Beklagten hätte in Wirksamkeit treten müssen, und würden sie sich sodann nicht geweigert haben, die Kläger schadlos zu halten. Alles dieses sey aber keinesweges der Fall gewesen. Es hätten die empfohlenen Hamburgischen Kaufleute von ihrem Creditbriefe auf der Reise überall keinen Gebrauch gemacht, und die Kläger behaupteten auch keinesweges von jener Zeit her irgend etwas an denselben zu fordern zu haben. Am deutlichsten ergäbe sich aus der eigenen Abrechnung der Kläger, daß sie lange nach Empfang des Creditbriefs sich mit den Kaufleuten Gottschalk und Salomon in ein ordentliches Geschäfts- und Handelsverkehr eingelassen, indem der erste Posten vom 13ten September 1810 datirt sey, wo die Empfohlenen längst von ihrer Reise nach Frankfurt zurückgekehrt gewesen wären. Es könne sehr wohl seyn, daß sie, die Beklagten, durch ihren Empfehlungsbrief Gelegenheit zu der Bekanntschaft zwischen den Klägern und den Empfohlenen gegeben hätten, allein hieraus folge keinesweges eine Verbindlichkeit der Beklagten,

in allen Geschäften, welche jene mit diesen späterhin zu machen selbst Belieben gefunden hätten, fortwährend Garanten zu seyn, und so für die Solidität dieses Handelshauses auf ewige Zeiten einzustehen. Aber selbst wenn dieses der Fall gewesen wäre, hätten die Kläger ganz anders, als geschehen, verfahren müssen. Es hätte nämlich keinesweges genügt, beliebige Geschäfte mit den Empfohlenen zu machen, und es auf das Resultat unbekümmert ankommen zu lassen, sondern sie hätten sofort von jedem neuen Geschäfte den Garants Nachricht geben und zu gleicher Zeit vernehmen müssen, ob diese die Garantie noch fortdauernd zulassen, oder aufzuheben geneigt wären. Dieses sey nicht nur der allgemein eingeführten Ordnung in allen den Fällen gemäß, wo ein drittes Handelshaus bey einem Geschäfte mit interessirt ist, sondern es wäre auch hier um so nöthiger gewesen, da die Beklagten in ihrem Briefe nur "einiger" Gelder und abzugebender und abzukaufender Wechsel gedenken, welches man höchstens wohl auf den Belauf etlicher tausend Rthlr., nimmer aber auf den Betrag von beynahe 15000 Rthlr. ausdehnen könne. Die Kläger hätten sich inzwischen mit dem Handelshause Gottschalk und Salomon in große und mißliche Geldgeschäfte jeder Art eingelassen, ohne den Beklagten, ihren vermeintlichen Garants, davon die mindeste Kenntniß zu ertheilen, und nur erst alsdann, wie jenes Haus insolvent geworden, hätten sie den Beklagten eine ganz allgemeine Anzeige ih-

res angeblichen Verlustes gemacht. Aber auch bey dieser Anzeige sey es ihnen nicht einmahl eingefallen, die vermeintliche Garantie der Beklagten in Anspruch zu nehmen, sondern sie hätten sich nur dahin geäusert: "daß die Beklagten ihnen durch den erwähnten Empfehlungsbrief einen schlechten Dienst erwiesen hätten", und dabey nur angefragt, "ob sie kein Mittel wüßten, wie sie ohne Verlust davon kommen könnten?" So wie nun dieses alles auf das deutlichste zeige, daß es den Klägern selbst, sowohl während ihrer Geschäfte mit dem Handlungshause Gottschalk und Salomon, als auch nach dessen Insolvenz, überall nicht eingefallen sey, dem Schreiben der Beklagten eine solche ausdehnende Bedeutung zu geben: so würde man die jetzige Garantiereclamation und den darauf gebauten Anspruch um so unstatthafter und rechtswidriger finden müssen.

Was die Kläger hierauf replicirend erwiederten, läßt sich leicht von selbst ermessen, ich übergehe es daher, und führe nur folgendes davon an.

Es habe, außer den Beklagten, wohl noch niemand behauptet, daß es Sitte, oder gar Handelsgewohnheitsrecht sey, daß ein Banquier, der für einen dritten Banquier die Garantie übernimmt, nun über die einzelnen zwischen diesen Banquiers vorfallenden Geschäfte Nachricht erhalten müsse. Eine solche Benachrichtigung sey aber überdem förmlich unmöglich. Um sich hiervon zu überzeugen, brauche man nur den

Extract der Handelsbücher der Kläger anzusehen. Im Monath September 1810 stehen während einiger Tage im debet der Hamburger Banquiers zwölf verschiedene Geld- und Wechselgeschäfte bemerkt, zusammen ungefähr zu dem Betrage von 7300 Rthlr. In derselben Zeit seyen im Credit der Hamburger Banquiers ähnliche Geschäfte bemerkt, ungefähr zu dem Betrage von 7500 Rthlr. Nun sollten also die Kläger an die Beklagten schreiben: "Wir haben diese und jene Geschäfte mit den Hamburger Banquiers gemacht, sie sind uns 7300 Rthlr. schuldig, wir ihnen 7500 Rthlr., so daß sie also 200 Rthlr. bey uns gut haben: findet ihr auch etwas dabey zu erinnern?"

Die Beklagten würden gelacht haben, wenn sie einen solchen Brief erhalten hätten, und doch hätten sie, nach ihrer Behauptung, posttäglich, bey jedem neuen Geschäfte deren bekommen müssen, welche nie etwas anders hätten enthalten können, als, daß nach Vergleichung des debet und credit, die Kläger oder die Hamburger Banquiers 100 oder 200 Rthlr. gut hätten, wie dieses der Extract der Handelsbücher deutlich erweise. Uebrigens hätten die Kläger nicht versäumt, sobald sie einen bestimmten Verlust, in den garantirten Geschäften, vor Augen gesehen, dieses den Beklagten anzuzeigen. Der Wechsel von 10000 Mark Banco sey erst am 20ten November 1810 protestirt, und bereits am 1ten December desselben Jahres hätten sie die Beklagten schon von diesem Vorfalle unter-

richtet: sie hätten also alles gethan, was nach billigen Grundsätzen von ihnen erwartet werden könne.

Das K. Tribunal zu Hannover erließ hierauf, am 23ten März 1812, folgendes Erkenntniß:

"In Erwägung, daß das von den Beklagten anerkannte, von ihnen unter dem 24ten März 1810 an die Kläger erlassene Schreiben, folgenden Inhalts:

"Unsere Freunde, die Herren u. s. w."

eine wirkliche Garantie oder Bürgschaft für dasjenige enthält, was Kläger von dem empfohlenen Handlungshause Gottschalk und Salomon aus den mit diesem einzugehenden Geld- und Wechselgeschäften demnächst zu fordern haben würden;

Daß diese Bürgschaft, da das Wort Costy, nach der Verbindung, worin es gebraucht ist, bloß den Ort bezeichnet, wohin das Schreiben gerichtet ist, so wenig in Rücksicht des Orts, wo die Geschäfte betrieben werden sollen, als nach seinem übrigen Inhalte, in Ansehung der Dauer der übernommenen Verbindlichkeit beschränkt, sondern ganz allgemein gefaßt und eingegangen ist;

Daß auch eine solche unbestimmte und illimitirte Bürgschaft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich auf den ganzen Umfang der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, mithin auch auf die Nebenverbindlichkeiten erstrecket, in welchen dieser gegen den Gläubiger stehet;

In fernerer Erwägung, daß Kläger nicht nur durch den beglaubten Extract ihrer in vorliegendem Falle al-

lerdings Beweiskraft habenden Handlungsbücher, sondern auch und vorzüglich durch die am 11ten Jun. 1811 coram Notario geschehene Agnition des beeidigten Buchhalters der Creditmasse der Kaufleute Gottschalk und Salomon, des Kaufmanns Johann Runge in Hamburg, welcher nach ausgebrochenem Concurse pro legitimo contradictore unstreitig zu halten, hinlänglich dargethan haben, daß ihnen das gedachte Handlungshaus, aus den mit demselben vom 13ten Sept. bis 6ten Oct. 1810 gemachten Geld- und Wechselgeschäften, die Summe von 14,704 Rthlr. in Frankfurter Wechselzahlung schuldig geblieben sey; daß auch aus dem Schreiben der Kläger vom 1ten Dec. 1810, und namentlich daraus, daß sie darin beyläufig von einer Forderung an dem ihnen von den Beklagten empfohlenen fallirten Handlungshause Gottschalk und Salomon in Hamburg reden, ohne dabey der von den Beklagten übernommenen Garantie zu erwähnen, eine Renunciation auf die ihnen aus dieser Bürgschaft zustehenden Rechte, die nur durch eine deutliche Erklärung geschehen konnte, um so weniger gefolgert werden mag, da die Kläger durch ein anderweites Schreiben vom 19ten Dec. 1810 den Beklagten ausdrücklich erklärten, wie sie allerdings von ihnen als Bürgen Zahlung verlangten;

Daß eine solche Entsagung eben so wenig daraus hervorgehet, daß Kläger sich dieser Forderung halber in dem Gottschalk-Salomonschen Concurse gemeldet,

und daraus nachher abschlägliche Zahlung erhalten haben, zumahl sie dazu gegen die Beklagten, als Bürgen, verpflichtet waren, und sie bey diesen bereits am 19. Dec. 1810 angefragt hatten, ob sie für sie die Forderung bey der Masse anmelden, oder ihnen die mit Protest zurückgekommenen Tratten cediren sollten, es sich auch von selbst verstehet, daß Kläger, der von ihnen geschehenen Erklärung gemäß, auf allem Fall dasjenige, was sie aus der Creditmasse erhoben haben, oder noch erheben werden, den Beklagten anzurechnen verpflichtet sind;

In weiterer Erwägung jedoch: daß die zwischen den Klägern und dem Hause Gottschalck und Salomon statt gefundenen Geld- und Wechselgeschäfte, nach Ausweisung der Conto-Courants, allererst mit dem 13. Sept. 1810, mithin beynahe 6 Monathe nach der von den Beklagten für gedachtes Haus unter dem 24. März desselben Jahrs übernommenen Garantie ihren Anfang genommen haben;

Daß ferner die Kläger den Beklagten weder von dem Empfange ihres Schreibens vom 24. März 1810, noch von den nachher mit dem Hause Gottschalck und Salomon gemachten Geschäften vor Ausbruch des Fallissements dieses Hauses einige Nachricht ertheilt haben;

Daß aber nach der, gegenseitig abgeleugneten, Behauptung der Beklagten, nach einer allgemeinen Handlungs-Usance eine solche Garantie oder Bürgschaft in Handlungssachen sich nur auf den Zeitpunct, wo

solche ertheilt ist, beschränken soll, und nicht auf Geschäfte, die erst beynahe 6 Monathe später ihren Anfang nehmen, ausgedehnt werden darf;

Der Gläubiger auch, nach einem ebenmäßigen allgemeinen Handlungsgebrauche, verpflichtet seyn soll, dem Garanten von dem Empfange des die Garantie enthaltenden Schreibens sowohl, als von den Geschäften, die er mit dem Hauptschuldner in Hinsicht jener Garantie machet, Nachricht zu ertheilen, und durch diese Handlungsgebräuche, wenn solche erwiesen, die der Klage entgegengesetzten Einreden der Beklagten allerdings begründet seyn würden;

Erkennt das Königl. Tribunal des Districts Hannover, in erster Instanz:

Daß die von den Klägern angestellte Klage an sich für begründet zu halten, und Beklagte daher die von ihnen derselben entgegengesetzten und abgeleugneten Einreden binnen 14 Tagen dahin zu erweisen schuldig sind:

Daß nach einem allgemeinen Handlungsgebrauche derjenige Kaufmann, welcher mit einem andern, auf die von einem Dritten für diesen unbestimmt geleistete Garantie oder Bürgschaft, Geld- oder Wechselgeschäfte eingehen will, solches sogleich nach geschehener Garantie thun müsse, und in Rücksicht solcher Geschäfte, die erst später, und nach Ablauf von 5 Monathen, ihren Anfang nehmen, keine Rechte aus der Garantie des Bürgen gegen diesen weiter geltend machen könne;

oder auch:

Daß nach einer unbezweifelten Handlungs-Usance derjenige Kaufmann, welcher mit einem andern auf die unbestimmte und unbedingte Garantie eines Dritten Handelsgeschäfte machen will, bey Verlust seines Rechts gegen den Bürgen, schuldig sey, diesen sowohl von dem Empfange des die Bürgschaft enthaltenden Briefes, als auch von den auf den Grund dieser Bürgschaft abgeschlossenen Geschäften sofort Nachricht zu ertheilen;

und bleibt den Klägern die Führung des Gegenbeweises, binnen der nemlichen Frist, nachgelassen;

Das Erkenntniß über den Kostenpunct wird aber bis nach beendigtem Beweisverfahren ausgesetzt.

Dieses Erkenntniß wurde von der zweiten Section des Appellationshofes am 19ten März 1813 durch folgendes Urtheil aufgehoben.

Urtheil.

Der Appellationshof:

Nach Ansicht L. 1. u. 3. C. plus valere quod agitur, L. 168. §. 1. D. de reg. iur. und L. 219. D. de verb. obligat., desgl. der Art. 1156 und 1163 des Cod. N.;

In Erwägung, daß der Richter die Verpflichtung hat, bey der Auslegung der Verträge die gemeinschaftliche Absicht der contrahirenden Theile zu erforschen zu suchen, und nicht bey dem buchstäblichen Sinne der

Worte stehen zu bleiben, und daß, so allgemein auch immer die Worte seyn mögen, in denen ein Vertrag abgefaßt ist, er gleichwohl nur diejenigen Sachen begreift, in Ansehung deren es klar ist, daß die Parteien darüber zu contrahiren Willens gewesen sind;

In Erwägung, daß wenn man diese von den Gesetzen wörtlich ausgesprochenen Grundsätze auf dasjenige Schreiben der Beklagten anwendet, wodurch dieselben die Kaufleute Gottschalk und Salomon in Hamburg den Klägern empfohlen, und worauf diese ihre Ansprüche begründen, man alsdann nicht anzunehmen im Stande ist, daß es die Absicht der Beklagten gewesen sey, ohne alle Einschränkung die Sicherheit der Empfohlenen zu garantiren, vielmehr man nur annehmen muß, daß sie beabsichtigt haben, den Empfohlenen, während ihres Aufenthalts zu Frankfurt am Main, persönlichen Credit zu verschaffen, und zwar auf eine gedoppelte Weise, nämlich

1stens dadurch, daß sie die Kläger ersuchten, den empfohlenen Kaufleuten, wenn sie einige Gelder verlangen sollten, ihnen solche verabfolgen zu lassen;

2tens, wenn selbige Wechsel abzugeben hätten, diese von ihnen mit völliger Sicherheit zu kaufen;

In Erwägung, daß in diesen Ausdrücken keinesweges eine Einladung liegt, mit den Empfohlenen, nachdem deren Aufenthalt in Frankfurt längst beendigt, und also der Zweck nicht mehr vorhanden seyn

konnte, weswegen das Empfehlungsschreiben abgegeben war, allerhand Wechselgeschäfte abzumachen, noch weniger aber deren Erfolg zu garantiren;

In Erwägung, daß es um so gewisser wird, daß diese Erklärung des in Frage stehenden Schreibens der ursprünglichen Meinung der Parteien angemessen, da solches Schreiben besonders ausdruckt, daß die Empfohlenen ein Empfehlungsschreiben auf Costì d. i. auf denjenigen Ort verlangten, woselbst sich die Kläger befanden, und daß die Beklagten die Bitte hinzufügten, die Empfohlenen auch sonst freundschaftlich aufzunehmen, woraus nämlich die auf die Gegenwart gerichtete Tendenz des Schreibens eben so ersichtlich wird, als dieses aus dem Zeitwort "abgeben" der Fall ist, da man nicht wohl von jemanden, der aus Entfernungen mit Wechseln Verkehr treibt, sagen kann, daß er solche abgebe;

In Erwägung, daß Kläger bis jetzt keine solche Forderungen nahmhaft gemacht haben, welche aus Geschäften herrührten, die sie persönlich mit den Empfohlenen zu Frankfurt abgemacht hätten;

Erkennt:

Daß wohl appellirt, von dem Tribunale zu Hannover aber durch dessen Erkenntniß d. d. 23sten März 1812 übel gesprochen, mithin solches aufzuheben, und also Beklagte und Appellanten von der gegen sie ange-

stellten Klage zu entbinden, Kläger und Appellaten aber in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen.

Gegenwärtig die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, v. d. Wense, Medemeyer, Appellat.-Richter.

XV.

Eigene Wechsel.

Findet die Vorschrift des Art. 1326 C. N., das Gut oder Genehmigt, nebst der mit Buchstaben zu bezeichnenden Empfangssumme mit eigner Hand auszudrücken, auch bey den sogenannten trocknen oder eignen Wechseln statt? *)

Der Art. 1326 des C. N. schreibt vor: "Ein Schuldschein, oder Versprechen unter Privat-Unterschrift (le billet ou la promesse sous seing privé), wodurch eine Partei allein sich gegen die andere zur Lei-

*) Eine Materie von transitorischem Interesse. Jedem, der das französische Handelsrecht gründlich und in einem natürlichen Zusammenhange kennen lernen, und also die manchfachen Schwierigkeiten, welche das Handels-Gesetzbuch darbiethet, beseitigt sehen will, ist zu empfehlen: Elémens de jurisprudence commerciale, par *J. M. Pardessus*, avocat à la Cour imp., professeur à la faculté de droit de Paris, à Paris 1812. I. Vol. en 8. (7 Fr. und durch die Post 9 Fr.). Vergl. Biblioth. du Barreau, 1812. Juin, p. 226. Die practische Wichtigkeit dieser Materie, auch für die jetzigen Zeiten, ist einleuchtend.

stung einer Geldsumme oder einer Sache, die sich schätzen läßt, verbindet, muß ganz von der Hand dessen, der ihn unterschreibt, geschrieben werden; oder wenigstens muß dieser, außer seiner Unterschrift, ein "gut" oder "genehmigt", wobey die Summe oder der Betrag der Sache durchaus mit Buchstaben auszudrücken ist, eigenhändig beygefügt haben." Es entsteht hier die Frage, ob diese Vorschrift auf die in Deutschland so sehr üblichen so genannten trocknen Wechsel auszudehnen sey, und entspringt der Zweifel über die Anwendung des Gesetzes auf diese daher, daß der C. N. in der Materie des Wechselrechts überall nichts verordnet, und die bisherigen Wechsel-Ordnungen, in Ermangelung eines Handels-Gesetzbuchs, also bestehen läßt *), daher denn auch nach jenen die aufgeworfene Frage zu entscheiden seyn möchte.

So wahr jener Grundsatz der Nichtanwendbarkeit des C. N. in den, der Materie nach, ihm fremden Handelssachen ist, so muß man dennoch die aufgeworfene Frage bejahen, und zwar deßwegen, weil unter dem im Grundtexte befindlichen Worte "*billet*" vorzüglich (außer den billets simples und billets de change) auch die so genannten billets à ordre verstanden werden, wodurch die französische Geschäftssprache diejenigen Schuldscheine bezeichnet, welche wir

---

*) Rechtswissensch. Thl. I. S. 325, Thl. II. S. 231.

mit dem Nahmen der eignen oder trockenen Wechsel zu bezeichnen pflegen *).

Das Gesetz hat also ganz vorzüglich eben diese eignen Wechsel mit vor Augen, und setzt einen allgemeinen Grundsatz fest, der auch in der speciellen Wechselmaterie seine Anwendung findet.

Diese Grundsätze sprach der französische Cassationshof in folgendem Urtheile aus.

"Nach Ansicht des Art. 1326 des C. N.;

In Erwägung, soviel den Rechtspunct anbetrifft, daß der Art. 1326 des C. N., eben so wie die Declaration von 1735, auch auf die billets à ordre Anwendung leidet, und daß, in Hinsicht der Thatumstände, Martin sich in keinem der in jenem Artikel bemerkten Ausnahmefälle befindet; woraus folgt, daß das Handelsgericht zu Caen die Vorschrift des Gesetzes verkannt hat, indem es den gedachten Martin verurtheilte, den Betrag des in Frage stehenden Billets zu bezahlen, nachdem in Gewißheit gesetzt war, daß dasselbe nicht von seiner Hand geschrieben sey, und

---

*) "Le *billet à ordre* est celui par lequel je promets de vous payer une somme, soit à vous, soit *à vôtre ordre*, c'est-à-dire, à celui à qui vous aurez passé vôtre ordre au dos du billet." Encyclopédie méthodique, T. II. p. 53.

daß das unter derselben befindliche "genehmigt" nicht zugleich den Betrag der Schuld mit Buchstaben ausdrücke; . . . . cassirt.

27. Januar 1812. Civil-Section *).

---

*) *Sirey*, 1812. part. I. Cah. 8. p. 246.

XVI.

Autorisation der Ehefrau. — Verbürgung derselben für den Ehemann.

Konnte unter der Herrschaft des französischen Gesetzbuchs ein Ehemann seine Frau gültig autorisiren, sich für ihn zu verbürgen? *)

In der XVten Abhandlung meiner Rechtswissenschaft des Gb. N. habe ich den Grundsatz aufgestellt, daß ein Ehemann seine Frau nicht zu solchen Handlungen zu autorisiren berechtigt sey, woraus er selbst einen directen Vortheil zu ziehen gedenkt; ich habe diese Regel durch die Natur des Rechtsgeschäfts der Autorisation des Ehemannes, so wie sie durch das G. N. sich auszusprechen scheint, zu begründen gesucht, und habe zugleich gezeigt, daß sie durch die franz. Jurisprudenz anerkannt werde.

*) Von transitorischem, aber jetzt äußerst practischem Interesse, da es darauf ankommt, zu beurtheilen, ob, während die römischen, den Ehefrauen so wohlthätigen, Gesetze nicht galten, die Männer, zu ihrem eignen Besten, die Frauen autorisiren konnten, die gefährlichsten Geschäfte — Bürgschaften — zu übernehmen.

Diese Angelegenheit ist von unendlicher Wichtigkeit: denn ist die von mir aufgestellte Regel unrichtig, so sind die schutzlosen Ehefrauen ganz der Willkühr ihrer Ehemänner, in Hinsicht ihres Vermögens, ausgesetzt, dann ist das Institut der Autorisation nichts, als was es unter den meisten franz. Gewohnheitsrechten war, ein Ueberbleibsel alter Barbarey, eine Handlung, wodurch die Frau, gleichsam als durch einen ehrerbiethigen Act, die Oberherrlichkeit ihres gestrengen Gebiethers anerkennt. Ein reeller Nutzen ist dann nicht damit verknüpft. (Wo wäre auch wohl das Weib, welches den fortdauernden Andringen eines verschuldeten Ehemannes, der wiederum von seinen Gläubigern gequält wird, widerstehen könnte?) — Ein schätzbarer Gelehrter, dem die neue practische Jurisprudenz vieles verdankt, hält jene Regel in der That für unrichtig *); daher es mir um so nothwendiger zu seyn scheint, sie durch Aussprüche der franz. Jurisprudenz noch mehr außer Zweifel zu setzen, als mir bereits Beyspiele (vor der Bekanntmachung jener Abhandlung) bekannt geworden, daß ganze Familien in das tiefste Elend durch die der Frau zugesprochene Erlaubniß, sich für ihren Mann, auf den Grund von dessen einseitigen Autorisation, verbürgen zu können, gestürzt worden sind.

*) Herr Trib.-Richter Oesterley, im Magazine, T. IV. St. 4. S. 559. (S. 560 Zeile 1 ist, wo meine Meinung angeführt wird, Statt vorhanden — verhindert zu lesen.)

Ich zögere also um so weniger, in Folgendem eine Entscheidung der neuesten franz. Jurisprudenz *), und vorher einen Antrag des öffentlichen Ministerii über diese so äußerst wichtige Materie mitzutheilen (welche mir beide bey der Abfassung meiner angeführten Abhandlung unbekannt waren): da durch beide die Richtigkeit meiner Ansicht von der Sache auf das bestimmteste bestätigt wird, und da die Gründe für dieselbe mit einer solchen Klarheit in beiden entwickelt wurden, daß ich ihnen nichts hinzuzusetzen müßte; so wie mir

*) Jurisprudence du C. N. T. XIV. p. 155 seq. — Da Aufrichtigkeit eine der ersten Pflichten eines nur die Wissenschaft vor Augen habenden Schriftstellers ist: so verheimliche ich nicht, daß mir nachher ein Erkenntniß des Appellationshofes zu Genua, d. d. 30. August 1811 (Jurisprud. du C. N. T. XVII. p. 431) zu Gesichte gekommen ist, worin die entgegengesetzten Grundsätze angenommen worden; doch wird dieses Erkenntniß von den Herausgebern der Jurisprudence sehr getadelt (l. c. p. 418.) Ein Erkenntniß des franz. Cassationshofes, d. d. 12. Febr. 1811, (Jurispr. du C. N. T. XVI. p. 245) nahm an: daß eine Ehefrau, die sich solidarisch mit ihrem Manne verpflichtet hat, wegen des Verkaufs eines Grundstückes, auf welches ihre Forderungen, als Hypothek, eingetragen sind, Gewähr zu leisten, auch, auf eine gültige Art, allein im Beystande ihres Mannes, darin willigen könne, daß ihre Forderungen gelöscht werden. — Ich kann mich nicht überzeugen, daß die von mir ausgeführte Theorie irrig sey.

auch diese Gründe, nach der neuen, von dem älteren franz. Gewohnheitsrechte abweichenden Jurisprudenz, unwiderleglich zu seyn scheinen.— Jetzt entscheide auch unsere Jurisprudenz!

Am 16ten Juny 1806 verbürgte sich Frau Pansoja für ihren Ehemann gegen den Herrn Viotti für eine Summe, die jener diesem schuldig war. Ihr Ehemann hatte sie autorisirt. Da dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllte, und sie also auf Bezahlung belangt wurde, so behauptete sie, daß die von ihr eingegangene Bürgschaft deßwegen nichtig sey, weil ihr Ehemann sie nicht zu einem Geschäfte zu autorisiren vermocht habe, wovon er persönlich Nutzen zu ziehen gedachte; sie hätte vielmehr, um sich gültig verpflichten zu können, von Gerichtswegen autorisiret werden müssen.

Herr Viotti hingegen behauptete, daß der Mann berechtigt gewesen sey, seine Ehefrau zur Eingehung aller Arten von Contracte, auch selbst zu seinem eignen Nutzen, zu autorisiren.

Herr Rodello, Substitut des kaiserlichen Procurators bey dem Tribunal erster Instanz zu Turin, hielt die erstere dieser beiden Meinungen für die richtigere, und trug daher auf die Annullation der Bürgschaft der Ehefrau an. Seine Gründe waren die, welche nachher ausführlicher entwickelt werden.

Das Tribunal war hingegen der entgegengesetzten Meinung, und verordnete die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung.

In der Appellationsinstanz ist die Frage von dem Herrn Castagnieri, Substituten des Generalprocurators bey dem Appellationshofe zu Turin, so vorzüglich gut erörtert worden, daß es unmöglich ist, die Sache in ein helleres Licht zu setzen, als indem ich seinen Vortrag wörtlich mittheile.

"In der gegenwärtigen Sache (sagte er) kömmt es lediglich auf die Beantwortung einer einzelnen Rechtsfrage an, nemlich der, ob ein Ehemann seine Frau gültig autorisiren kann, sich für ihn zu verbürgen.

Das Tribunal erster Instanz hat diese Frage bejahet, und seine Meinung ist wesentlich auf folgende zwey Gründe gestützt: 1) daß das G. N., indem es in allgemeinen Ausdrücken vorschreibt, daß die Frau keinen Vertrag ohne des Mannes Autorisation abschließen könne, nicht unter solchen Verträgen, die sie mit dritten Personen, oder zu deren Besten, eingeht, und solchen bey denen ihr Ehemann interessirt ist, unterscheide. 2) Daß die Nothwendigkeit der Autorisation des Ehemannes keinesweges sich auf die Schwäche des Geschlechtes, oder auf die Nothwendigkeit, die Frau, ihres eigenen Interesses wegen, zu lenken, stütze, sondern daß sie einzig die Wirkung der Gewalt sey, welche der Ehemann über seine Frau ausübt, und die ver-

hindert, daß sie nichts vornehmen kann, ohne von seinem Willen abzuhängen.

Wir sind hingegen einer Meinung, welche von der der vorigen Richter gänzlich abweicht: wir halten nemlich dafür, daß die Autorisation des Ehemannes, so wie sie das G. N. vorschreibt, zugleich eine Handlung ist, wodurch die Abhängigkeit der Frau von ihrem Manne bewiesen wird, und eine Hülfe, welche das Gesetz einführte, um die Schwäche des Geschlechtes zu unterstützen. Auch halten wir dafür, daß der Umstand, daß das Gesetz unter Verträgen, welche die Frau in Beziehung auf dritte Personen, und solchen, wobey ihr Ehemann interessirt ist, nicht unterscheidet, nicht hinlänglich sey, um nun jeden in dieser Hinsicht bestehenden Unterschied unbeachtet lassen zu können.

Welche Grundsätze, in Beziehung auf die Autorisation des Ehemannes, die mannichfaltigen Gewohnheitsrechte Frankreichs auch angenommen haben mochten, so ist es doch gewiß, daß wir aus diesen Grundsätzen nicht die Materialien zur Entscheidung der vorliegenden Frage herzunehmen haben.

Das G. N. hat, ohne Unterschied, alle Gesetze, Verordnungen, Gewohnheitsrechte und Observanzen, in Beziehung auf diejenigen Materien, mit denen es sich beschäftigt, abgeschafft, und will, daß seine Vorschriften allein Frankreichs Gesetz seyn sollen.

Wollte man also auch annehmen, daß die Jurisprudenz der Gewohnheitsrechte so beschaffen gewesen

sey, wie dieß die ersten Richter behaupten: so ist dennoch unsere Meinung, daß das G. N. diese Rechtswissenschaft abgeändert, und daß die Autorisation des Ehemannes, so wie sie dasselbe vorschreibt, einen doppelten Zweck habe, nemlich den, daß die Frau, durch die Nothwendigkeit solche sich ertheilen zu lassen, ein Bekenntniß ihrer Abhängigkeit von dem Manne ablege, und daß dieser wiederum, durch eine gerechte Wiedervergeltung, auf dasjenige, was ihr Nutzen schafft, Acht habe.

Zuvörderst sieht man, daß die Verordnung des Gesetzbuchs, wodurch die Frau verpflichtet wird, sich die Autorisation ihres Ehemannes ertheilen zu lassen, in dem 6ten Capitel des Titels von der Ehe aufgenommen ist, welcher die Ueberschrift hat: von den gegenseitigen Rechten und Verbindlichkeiten der Ehegatten. Das herrschende Princip, die Seele, so zu sagen, aller Verordnungen, welche in diesem Titel enthalten sind, ist eine vollkommene Wechselseitigkeit der Rechte und Pflichten der Ehegatten. "Der Mann (heißt es daselbst) ist seiner Frau Schutz, die Frau ihrem Manne Gehorsam schuldig.

Die Frau ist verbunden, bey dem Manne zu wohnen, und ihm allenthalben hinzufolgen, wo er sich aufzuhalten für gut findet; der Mann ist schuldig, sie aufzunehmen, und ihr alles, was zum Lebensunterhalte erforderlich ist, nach seinem Vermögen und Stande, zu entrichten.

Die Frau kann ohne Genehmigung ihres Mannes nicht vor Gericht auftreten."

Hier sagt das Gesetz nichts weiter, es drückt nicht das Verhältniß der Wechselseitigkeit unter den beiden Verpflichtungen aus, der, welche die Frau hat, die Autorisation zu erbitten, und der, welche dem Manne obliegt, sie zu ertheilen. Aber war es auch nothwendig, daß es sich bestimmter ausdrückte? Liegt es nicht in der Natur der Sache, und in dem Grundsatze der Wechseitigkeit, der in allen diesen Bestimmungen vorherrschend ist, daß, wenn die Frau, ehe sie einen Contract abschließt, die Autorisation ihres Mannes erbitten muß, dieser, durch eine gerechte Gegenverpflichtung, die Obliegenheit hat, sie durch seine Einsichten zu unterstützen, auf ihren Vortheil zu wachen, und darauf zu sehen, daß sie durch den Contract nicht irgend gefährdet werde? Ist dieses nicht eine unmittelbare Wirkung und eine nothwendige Folge des Schutzes, den er ihr schuldig ist?

Dieser Grundsatz wird noch einleuchtender, wenn man den Art. 219. berücksichtigt, welcher vorschreibt, daß, wenn der Mann seiner Frau die Genehmigung verweigert, ihn die Frau vor den Richter laden lassen kann, welcher alsdann, nachdem er den Mann vernommen, oder nachdem dieser gehörig vorgeladen, seine Genehmigung ertheilet oder versaget.

Diese Verordnung setzt doch zum Voraus, daß sich zwischen Mann und Frau in Beziehung auf die Auto=

risation ein Streit erheben könne. Dieser Streit soll durch das Gericht entschieden werden: auf welchen Grund soll dieses aber seine Entscheidung bauen, wenn es nicht der Nutzen der Frau bey der Eingehung des Contractes ist? Wenn aber der Nutzen der Frau bey der Eingehung des Contractes die Grundlage der Autorisation des Ehemannes ist, wie kann man alsdann behaupten, daß diese Autorisation nicht ebenfalls des Vortheils der Frauen wegen eingeführt, und daß sie nichts als eine Handlung sey, wodurch ihre Unterwürfigkeit unter den Willen des Ehemannes dargethan würde?

Die Autorisation, welche der Mann seiner Frau ertheilt, ist die eines Beschützers. So wird sie von dem Herrn Staatsrath Berlier in der Entwickelung der Bewegungsgründe des Titels der Proceßordnung von der Autorisation der verheiratheten Frau bezeichnet *). Wie ist es aber möglich, sich die Idee einer Beschützung zu bilden, ohne damit die Vertheidigung des Beschützten zu verbinden?

Was es aber noch unumstößlicher beweiset, daß das Gesetzb. Nap. in dieser Materie die alte Rechtswissenschaft abgeändert hat, ist der Art. 224 C. N., welcher verordnet: "ist der Mann noch minderjährig,

*) Motifs et rapports p. 274: "si le mari est assigné pour autoriser sa femme, parcequ'il lui est dû connaissance des actions dirigées contre elles, *comme à son protecteur naturel* ...."

so bedarf die Frau der Genehmigung des Richters, sowohl um vor Gericht aufzutreten, als um Verträge zu schließen." — Es ist bekannt, daß nach den Gewohnheitsrechten, der Ehemann, wenn er gleich minderjährig war, seine Frau autorisiren konnte, Contracte abzuschließen, und dieses lag ganz in der Natur der Sache, weil die Autorisation lediglich als ein Bekenntniß der Unterwürfigkeit der Frau unter ihren Ehemann angesehen wurde. — "Denn (so sagte Herr Portalis, in der Entwickelung der Bewegungsgründe dieses Gesetzes) wie könnte ein Minderjähriger andere autorisiren, während er noch selber der Autorisation bedürftig ist?" — Dieser Widerspruch in den Grundsätzen würde aber nicht vorhanden seyn, wenn, wie es unter der Jurisprudenz der Gewohnheitsrechte der Fall war, die Autorisation, deren eine Ehefrau und deren ein Minderjähriger bedürftig sind, von einer verschiedenen Beschaffenheit wären. Eine Folge hiervon ist, daß wenn das Gesetz hier also einen Widerspruch zu finden glaubte, es anerkannt hat, daß die genannten beiden Arten der Autorisation von derselben Beschaffenheit sind, nemlich, daß sie beide den Character der Beschützung, des Raths, der Zurechtweisung und der Vertheidigung an sich tragen.

Das Gesetz will jetzt nicht, daß ein minderjähriger Ehemann seine Frau autorisiren könne, es will also auch nicht ferner, daß die Autorisation eine bloße Handlung des Anstandes und der Ceremonie sey, sondern

es will vielmehr, daß der Ehemann die Angelegenheit untersuche, und, nachdem er dieses gethan, seine Frau, durch seinen Rath, lenke, welches ein minderjähriger Ehemann nicht zu thun im Stande ist.

Ist nun einmahl der Grundsatz bewiesen, daß die Autorisation des Ehemannes, so wie sie das G. N. festsetzt, keine bloße Handlung eheherrlicher Macht, sondern zugleich eine Pflicht, welche dem Manne aufgelegt wurde, die Handlungen der Frau, in Beziehung auf ihren Vortheil, zu lenken, ist: so ist es leicht, auch die Unhaltbarkeit des zweyten Grundes darzustellen, worauf die ersten Richter ihre Entscheidung stützten: nemlich des Grundes, daß das Gesetz nicht unter denjenigen Verträgen, welche die Frau in Beziehung auf dritte Personen schließt, und denen, wobey der Mann interessirt ist, unterscheide.

Wir haben, in Beziehung auf dieses Argument, einen allgemeinen Grundsatz: nemo potest esse auctor in re propria. Wir dürfen von diesem Grundsatze uns nicht entfernen, als in so weit das Gesetzbuch ihm entgegen entschieden haben sollte, oder in so fern er mit einer Verordnung desselben nicht in Uebereinstimmung zu bringen stände.

Weit entfernt aber irgendwo diesen Grundsatz abgeschafft, oder unanwendbar zu finden, bemerken wir, daß er allenthalben, wo er seine Anwendung finden kann, auch respectirt worden.

Zuvörderst finden wir, daß in allen in dem Gesetzbuche berührten Fällen, wo der Mann ein Interesse bey den von der Frau vorgenommenen Handlungen haben kann, das Gesetz die Autorisation des Richters erheischt.

Will die Frau gegen den Mann handeln, um eine persönliche Trennung oder Güterabsonderung zu bewirken? — Der Richter muß die Autorisation ertheilen. — Will sie sich persönlich verpflichten, oder die gemeinschaftlichen Güter verpfänden, um den Ehemann aus dem Gefängnisse zu befreien? — Der Art. 1427. will, daß sie sich von dem Gerichte autorisiren lasse. — Ist die Rede davon, ein Dotalgrundstück zu veräußern, um den Mann aus dem Gefängnisse zu ziehen, oder um der Familie Unterhalt zu verschaffen? — Auch hier muß, nach dem Art. 1558. C. N., die Justiz die Autorisation ertheilen. Und diese Verordnungen enthalten, wie Herr Maleville sagt, eine weise Vorsicht, denjenigen Mißbrauch zu verhindern, welchen man von der Unwissenheit und Schwäche der Frauen ziehen könnte.

Doch diejenige Verordnung, worin sich der Sinn des Gesetzgebers in der größten Klarheit zeigt, ist die den Kaufcontract betreffende Verfügung.

Der Kaufcontract unter Eheleuten ist im Allgemeinen verbothen (Art. 1595. C. N.). Auf welche Grundsätze stützet sich dieses Verboth?

Wir wollen den Redner in der Entwickelung der Bewegungsgründe hören.

"Mit Recht fürchtete man (sagte Herr Portalis) den Mißbrauch, welchen der Ehemann von seiner Gewalt machen könnte, eben so sehr, als den, welchen die Frau aus dem Einflusse zu schöpfen vermöchte, den sie auf das Gemüth des Mannes, durch die süßen Empfindungen, welche sie einflößt, hat. Dieser Grund hatte die römische Gesetzgebung, so wie die mehrsten Gewohnheitsrechte bestimmt, die Schenkungen unter Lebendigen, zwischen Mann und Frau, außer dem Ehecontracte, zu verbiethen. Unter so eng verbundenen Personen müßte man befürchten, daß der Kaufcontract, in der Regel, nur zum Deckmantel einer Schenkung diente. Noch mehr, der Mann ist das Haupt der ehelichen Gemeinschaft und der Verwalter der gemeinschaftlichen Interessen. Die Frau kann keine Handlung ohne seine Autorisation vornehmen. Konnte man sich nun wohl versprechen, daß eine und dieselbe Person den persönlichen Vortheil eines contrahirenden Theils und die weise Vorsicht eines Beschützers in Uebereinstimmung zu bringen wissen würde? Es widerstrebt, daß man zugleich Richter und Partei seyn könne: nemo potest esse auctor in re sua. Aber wenn man autorisirt, so ist man Richter, man ist aber Partei, wenn man unterhandelt *).

*) Nichts kann die hier aufgestellte Meinung in ihrer Wahrheit klarer darstellen, als dieses.

Als Partei darf man seinen Vortheil berücksichtigen; wenn man aber autorisirt, so ist es Pflicht, lediglich für das Beste eines Anderen zu arbeiten."

Aus diesen Bewegungsgründen des Gesetzes leiten wir drey Folgerungen ab. Die erste ist, daß wenn der Ehemann seine Frau zur Abschließung eines Contractes autorisirt, er Richter über die Zuträglichkeit dieses Contractes sey, und daß er also in dieser Eigenschaft nicht Partei darin seyn könne.

Hierdurch muß die Idee, als sey die Nachsuchung um Autorisation des Ehemannes nichts als ein ehrerbiethiger Act, um der eheherrlichen Machtvollkommenheit zu huldigen, auf das vollständigste ausgeschlossen werden.

Die zweyte, daß das Gesetz im Allgemeinen zwischen Eheleuten alle Contracte verbiethet, wodurch eine Schenkung bemäntelt werden könnte, oder wodurch man auf eine indirecte Weise zum Besten des einen der Ehegatten irgend einen Vortheil zu bedingen vermöchte.

Die dritte, daß der Rechtsgrundsatz: nemo potest esse auctor in re propria nicht nur durch das Gesetzbuch nicht abgeschafft, sondern auf's Neue anerkannt ist, und noch mehr, daß er auf den Fall, wo die Frau einen Contract zum Besten ihres Ehemannes abzuschließen gedenkt, ausdrücklich für anwendbar erklärt wurde.

Es ist wahr, daß das Gesetz ausdrücklich nur von dem Kaufcontracte, nicht aber von der Bürgschaft handelt: aber der Geist des Gesetzes und die Bewegungsgründe, worauf es gestützt wurde, sind auf eine gleiche Weise, sowohl bey dem einen als bey der andern, zutreffend; denn die Frau, indem sie sich für den Mann verbürgt, kann ihn eben so gut indirecte Vortheile zuwenden, und der Mann, indem er sie autorisirt, würde eben so gut auctor in re propria seyn, als wenn er sie autorisirte, einen Kaufcontract mit ihm abzuschließen. Die Verführung, die Furcht, und selbst Gewalt, können so gut in dem einen, als in dem andern Falle Statt finden.

Uebrigens läßt sich daraus, daß das Gesetz nicht ausdrücklich dem Manne verbothen hat, sie zu autorisiren sich für ihn zu verbürgen, noch keinesweges schließen, daß es ihm solches erlaubt habe. Das Gesetz hat eben so wenig dem Vormunde und dem gerichtlichen Beystande verbothen, den Minderjährigen, den Interdicirten und den Verschwender zu autorisiren sich für sie zu verbürgen; würde man deßhalb sagen können, daß eine solche Autorisation rechtsbeständig sey? — Das Gesetz kann nicht alle Fälle zum Voraus sehen, aber wenn es auch schweigt (sagt Herr Portalis), dann redet doch in uns das natürliche Recht; dann muß der Richter das Gesetz durch das Licht der Vernunft ergänzen; er muß zu den allgemeinen Grundsätzen zurückkehren und zu dem Geiste des Gesetzes,

welcher aus der Allgemeinheit seiner Verordnungen ersichtlich ist: in dem vorliegenden Falle aber stimmen das Recht der Vernunft, die allgemeinen Principien, so wie sie auf die Natur der Sache begründet sind, der Geist des Gesetzes und das Ganze seiner Verordnungen darin überein: daß der Mann seine Frau eben so wenig autorisiren könne, sich für ihn zu verbürgen, als mit ihm einen Kaufcontract abzuschließen.

Wollte man sagen, daß das Gesetzbuch alle die Fälle einzeln aufgezählt hat, in welchen die Frau, um sich autorisiren zu lassen, verpflichtet ist, sich an die Gerichte zu wenden, und daß sich unter diesen der Fall nicht verzeichnet findet, da ein Vertrag zum Besten des Mannes abgeschlossen wird? — Wir antworten hierauf, daß wenn sich dieser Fall mit in dem Gesetze aufgezeichnet fände, dann die gegenwärtige Streitfrage nicht aufgeworfen zu werden vermöchte. Aber eben deßwegen, weil das Gesetz diesen Fall nicht voraussah, während es scheinet, daß dieß hätte der Fall seyn sollen, ist es Pflicht des Richters, den Geist des Gesetzes zu ergründen zu suchen, und so zu urtheilen, wie der Gesetzgeber selbst urtheilen würde.

Man wende eben so wenig ein, daß das G. N. der Frau die freye Verwaltung ihrer Paraphernalgüter läßt; es ist wahr, sie kann darüber verfügen, aber sie muß sich hierbey den Vorschriften des Gesetzes unterwerfen. So wie sie es nicht vermag, solche ihrem Manne zu schenken, so vermag sie es auch nicht, mit

solchen sich für ihren Mann zu verbürgen, denn dieß wäre nichts anders, als sie ihm auf eine indirecte Weise zuwenden.

Uebrigens bestärkt uns vorzüglich in unserer Meinung, daß solche auch bereits von dem Appellationshofe zu Aix, durch dessen Erkenntniß vom 28. Thermidor XII *), ausgesprochen ist."

Diese auf eine so vortreffliche Art entwickelten Grundsätze hatten den verdienten Erfolg, wodurch hoffentlich die Jurisprudenz in dieser Materie für beständig festgestellt ist. Der Appellationshof zu Turin erließ folgendes

Urtheil.

Der Gerichtshof,

In Erwägung, daß um die Natur und den wesentlichen Character der Autorisation des Ehemannes zu ergründen, nicht diejenige Rechtswissenschaft zu Rathe zu ziehen, welche in einigen Provinzen des alten Frankreichs durch verschiedene Gewohnheitsrechte eingeführt war **), sondern vielmehr die Vorschriften des G. N., wodurch alle vorhergehenden Gesetze, Verordnungen, Gewohnheiten und Observanzen abgeschafft sind;

---

*) Jurisprudence du C. N. T. III. p. 123. Rechtswissenschaft, Thl. I. S. 195.

**) Dieses scheint besonders von denjenigen Rechtsgelehrten geschehen zu seyn, welche der entgegengesetzten Meinung sind.

daß durch eine Analysis der Verordnungen des G. N., die in dem Capitel, welches die Ueberschrift führt: von den wechselseitigen Rechten und Verpflichtungen der Ehegatten, enthalten sind, und das unter dem Titel von der Ehe aufgeführt ist, leicht zu ersehen steht, daß die Autorisation des Ehemannes, welche der Frau nothwendig ist, sowohl vor Gericht aufzutreten, als einen Vertrag abzuschließen, nicht allein eine Anerkennung der dem Ehemanne zustehenden Gewalt in sich faßt, sondern auch als eine Hülfe, welche der Schwäche des Geschlechts gegeben wurde, betrachtet werden muß;

daß nichts mehr den Geist des Gesetzes, in dieser Hinsicht, ausspricht, als das, was man im Art. 224. des Gesetzbuchs liest, und wodurch ebenfalls ein Theil des Gewohnheitsrechts abgeschafft wurde, daß wenn der Mann noch minderjährig ist, die Frau alsdann der Autorisation des Richters bedarf, sowohl um vor Gericht aufzutreten, als um Verträge zu schließen: denn wenn diese Autorisation lediglich die Absicht hätte, dadurch die Frau zu verpflichten, ihre Abhängigkeit von dem Ehemanne anzuerkennen, so ließe sich nicht einsehen, warum ein minderjähriger Ehemann diese Autorisation nicht sollte ertheilen können;

daß, wenn man aber den Grundsatz anerkennt, daß die Autorisation des Ehemannes keine bloße Förmlichkeit ist, welche in Beziehung auf die Gewalt des Ehemannes eingeführt wurde, alsdann folgt, daß sie

den Zweck haben muß, die Nützlichkeit und Vortheilhaftigkeit der von der Frau einzugehenden Verpflichtung in Gewißheit zu setzen, und daß sie von dem Manne nicht anders als nach Untersuchung der Sache ertheilt werden kann;

daß man nicht dafür halten kann, daß diese Untersuchung der Sache, welche auf den Schutz und die Vertheidigung, die der Ehemann seiner Frau schuldig ist, sich gründet, alsdann Statt habe, wenn die Verpflichtung der Frau directer oder indirecter Weise zum Vortheil des Ehemannes gereicht;

daß wenn auch in diesem Falle der Mann die Frau gültiger Weise autorisiren könnte, alsdann nicht allein das Rechtsprincip: nemo potest esse auctor in re propria verletzt werden würde, sondern auch dann der Contract, welchen die Frau einging, nicht über den Verdacht einer Statt gehabten Furcht, Verführung oder Gewalt erhaben seyn würde, welche das Gesetz doch auf jede Weise beseitigen wollte; so wie man auch sieht, daß in allen den Fällen, wo der Vortheil des Mannes Theil an denjenigen Verpflichtungen haben könnte, welche die Frau eingeht, diese sich von der Justiz autorisiren lassen muß (Art. 1427. 1558. C. N.), woraus man zu schließen berechtigt ist, daß nach dem Geiste des Gesetzes, der Mann seine Frau zu keiner Handlung zu autorisiren vermag, woraus ein persönlicher Vortheil für ihn erwachsen könnte;

daß sobald der Geist eines Gesetzes bekannt ist, es unnütz seyn würde, einzuwenden, daß das Gesetz in Beziehung auf einen besonderen Fall, welcher mit den entschiedenen Fällen identisch ist, schweigt, um daraus einen Bewegungsgrund herzunehmen, das Gesetz auf den besondern Fall nicht anzuwenden;

daß also, obgleich das Gesetz unter den einzelnen Fällen, wo die Frau von dem Manne nicht autorisirt werden kann, und sich an die Gerichte zu wenden verpflichtet ist, nicht besonders den gegenwärtigen Fall, wo sie sich für ihren Ehemann verbürgt, aufzählt, dennoch es nicht bezweifelt zu werden vermag, daß nicht eben die gesetzlichen Verfügungen, welche man als weise Vorsichtsmaaßregeln, um Betrug und Ueberlistung der Frauen zu verhindern, ansehen muß, auch hier ihre Anwendung finden sollten;

daß hieraus folgt, daß die ersten Richter, indem sie die Autorisation, welche Herr Pansoja seiner Ehefrau, der Appellantinn, ertheilt hatte, um das Document unter Privatunterschrift, d. d. 16ten Juny 1806, wodurch sie sich für ihren Mann, zum Vortheil des Appellaten, in Hinsicht der Bezahlung der hier in Frage stehenden Summe, verbürgte, auszustellen, für gültig erklärten, den Geist des G. N., in Hinsicht der Autorisation des Ehemannes, verkannten;

In Erwägung daß die Richtigkeit der von dem Ehemanne der Appellantinn ertheilten Autorisation auch nothwendig die Richtigkeit der Verpflichtung nach sich

zieht, welche die Appellantinn zum Vortheile des Appellaten eingeganzen ist;

Erkennt, daß das Urtheil des vorigen Richters aufzuheben, u. s. w."

Bey dem hiesigen Appellationshofe ist die aufgeworfene Frage noch nicht durch ein Erkenntniß entschieden worden, doch glaube ich bemerken zu dürfen, daß die angeführten Principien in einem von dem Herrn Generalprocurator Dr. Hagemann, in Sachen Klötze gegen Boch, am 5ten Aug. 1812, gehaltenen Vortrage für die richtigen anerkannt worden sind. Das Gericht glaubte nicht, nöthig zu haben in dem abgegebenen Erkenntnisse die Frage zu berühren, da der Vertrag, welchen die Frau zum Besten ihres Mannes eingegangen war, als in fraudem creditorum eingegangen, auf den Antrag eines Gläubigers, annullirt wurde. Das Gericht (die zweyte Section), schien aber auch die Nichtigkeit des Vertrages, in der hier in Frage stehenden Hinsicht, nicht zu bezweifeln.

XVII.

Güter des deutschen Ordens. — Rechtsgültigkeit ihrer Veräußerung.

Sind von der ehemahligen Regierung des Königreichs Westphalen die Güter des deutschen Ordens, welche in den nicht förmlich abgetreten gewesenen Provinzen desselben liegen, auf eine zu Recht beständige Weise veräußert worden?

Die außerordentlichen Zeiten, welche wir erlebten, bothen, außer so manchem characteristischen Zeichen, auch das furchtbare Phänomen dar, daß der Staatsbürger sich in völliger Unmöglichkeit befand, seine Handlungen so einzurichten, daß er versichert seyn konnte, sie zu jeder Zeit von der obersten Staatsgewalt gebilliget zu sehen: denn was heute als Recht gepriesen wurde, erschien morgen als strafbares Unrecht, und Handlungen, die man heute mit dem Tode bestrafte, würde man morgen mit Bürgerkronen belohnt haben. Vergebens blickte auch der zweifelhafte Bürger zu den Fürsten auf, um in ihren Handlungen zu erkennen, wie er die seinigen einzurichten habe: sie bestimmte Politik, und diese giebt keine Normen ab für die Handlungen der Bürger. Vergeblich wür-

den dieſe mit Marcus Terentius ausrufen: "Non Seianum Vulsiniensem, sed Claudiae et Iuliae domus partem, quos affinitate occupauerat, tuum, Caesar, generum, colebamus. . . Idem finis te, Caesar, et nos absoluerit" *). Sie ſind ſchuldig, wenn ihre Handlungen nicht im Einklange mit der Politik des Tages ſind: ſchuldig wenigſtens an vielen Orten; denn es giebt Staaten, wo der Bürger Handlungen nach denjenigen Zeiten beurtheilt werden, in welchen ſie geſchahen.

So darf ich denn auch hoffen, die folgenden Zeilen nicht vergeblich zu ſchreiben, in welchen ich eine Rechtsfrage erörteren werde, deren Beantwortung für viele Staatsbürger von hoher Wichtigkeit iſt; indem von derſelben abhängt, ob ſie einen großen Theil, vielleicht das Ganze, ihres Vermögens einbüßen ſollen, oder nicht.

Sind in denjenigen Provinzen des ehemahligen Königreichs Weſtphalen, welche von ihren Landesfürſten im Frieden von Tilſit nicht abgetreten worden, die Domainen und Capitalien des deutſchen Ordens mit Gültigkeit veräußert, oder iſt dieſes nicht der Fall?

Ich halte dafür, daß dieſe Frage bejahet werden müſſe. Folgende Ausführung, in die ich einige hiſtoriſche Andeutungen verweben zu müſſen glaube, enthält die Gründe dieſer Antwort.

*) Tacit. Annal. Lib. VI. cap. 8.

Der deutsche Orden, im Jahr 1190 in Palästina gestiftet, zur Vertheidigung der christlichen Religion, des heiligen Landes und zum Dienste der Armen und Kranken, war, nach mannichfaltigen Schicksalen, in den letzten Zeiten nichts als eine ehrenvolle Versorgungsanstalt des deutschen Adels *). Sein Oberhaupt, der Hoch- und Deutschmeister, war Fürst des heiligen Römischen Reiches, und hatte Sitz und Stimme im Fürstenrath auf der geistlichen Bank, gleich nach den Erzbischöfen, vor allen Bischöfen. Er wurde von dem zu Mergentheim oder an einem andern Orte zusammen berufenen Capitel erwählt; bis hierin, wie nachher ausgeführt werden wird, durch den Presburger Frieden eine Abänderung getroffen ward. Die Besitzungen des Ordens in Deutschland bestanden aus dem eigentlichen Meisterthume zu Mergentheim und zwölf Balleyen. In dem Meisterthume übte der Hoch- und Deutschmeister die Landeshoheit aus, auch hatte er solche über die meisten Commenden der Balley Franken. Die Land-Commenthure der Balleyen Elsaß und Coblenz waren sogar selbst unmittelbare Reichsstände, die übrigen aber Landsassen derjenigen Fürsten, in deren Ge-

*) Als eine solche erkannte der Orden sein Institut selbst in seiner der Reichsdeputation vorgelegten Entschädigungs-Reclamation an, worin er dasselbe "ein wichtiges National-Institut für den deutschen Adel, und allgemeinen Zufluchtsort für Personen ritterbürtiger Herkunft aus allen Gegenden Deutschlands" nennet.

biethen ihre Balleyen lagen. Dieses Verhältniß der Landsassenschaft verringerte jedoch der Landcommenthure, Commenthure und Ritter Verbindung mit dem Orden nicht: sie erkannten den Hoch- und Deutschmeister in Ordenssachen für ihr alleiniges Oberhaupt, und die Besitzungen der Balleyen und Commenden waren Eigenthum des Ordens. Auch hatte der Staat, in dessen Lande solche Besitzungen lagen, nicht das Recht, über ihre Verwaltung die geringste Rechenschaft zu fordern.

So stand die Sache des Ordens, als der Friede zu Lüneville das deutsche Reich seiner schönsten, aller jenseit des Rheins belegenen Provinzen beraubte. Dieser Friede, im Drange der Noth von dem Kaiser Deutschlands abgeschlossen, ohne das Reich zu fragen, wurde jedoch von diesem am siebenten März 1801 ratificirt.

Auch der deutsche Orden büßte durch die Abtretung der deutschen Lande des linken Rheinufers außerordentlich ein. Nach einer bey Gelegenheit der Entschädigungsverhandlungen zu Regensburg zur Dictatur gegebenen Berechnung, bestand der jährliche Ertrag der verlohrenen transrhenanischen Ordensbesitzungen in einer jährlichen Summe von 395,604 Fl., dahingegen ihm nur 380,000 Fl. jährlicher Revenüen übrig blieben *). Für diesen Verlust wurde der Or-

*) Genealogisches Reichs- und Staatshandbuch auf das Jahr 1805. (Frankfurt a. M. bey Varrentrapp) Th. II. S. 478.

den, nach dem Reichsdeputations-Recesse d. d. Regensburg 25sten Februar 1803, folgendermaaßen entschädigt:

(§. 26.) "Aus Rücksicht für die Kriegesdienste ihrer Glieder, werden der deutsche und der Maltheser-Orden der Säcularisation nicht unterworfen, und erhalten für ihren Verlust auf der linken Rheinseite Vergütung; nämlich der Fürst Hoch- und Deutschmeister und der deutsche Orden: die mittelbaren Stifter, Abteyen und Klöster in Vorarlberg, im Oestreichschen, in Schwaben und überhaupt alle Mediatklöster der Augsburger und Constanzer Diözesen in Schwaben, worüber nicht disponirt worden ist, mit Ausnahme der im Breisgau belegenen." *)

Der deutsche Orden war also dem Strudel entgangen, welcher die übrigen deutschen geistlichen Fürstenthümer verschlang, und diente zum Beweise, daß in den jetzigen Zeiten nützlicher erachtet wird, für das Vaterland zu streiten, als für dasselbe zu beten. Nicht nur wurden seine diesseits des Rheins belegenen Besitzungen nicht in die Entschädigungsmasse gezogen, sondern er wurde selbst entschädigt. Allein durch eine ausdrückliche Erklärung des erhabenen Ordenshauptes, des von allen Deutschen so hochverehrten Erzherzogs Carl, des Fürsten der mit gleicher Consequenz stets nur das Gerechte, nicht das Vortheilhafte, wählte,

*) Der Deputations-Receß mit Erläuterungen von Gaspari. Thl. II. S. 234. (Hamburg, 1803.)

der sich nie in die Zeit schickte, sondern verlangte, daß die Zeit sich in die Gerechtigkeit schicken sollte, nahm der Orden nur diejenigen Bestandtheile der ihm angewiesenen Entschädigungen an, welche in solchen Ländern gelegen, die selbst in die allgemeine Entschädigungsmasse gezogen worden, und schlug hingegen, den Grundsätzen der Deputation gemäß, diejenigen aus, welche in alten Erblanden gelegen waren: wodurch der Orden seine Entschädigung ungemein verringerte *). In dieser Beschaffenheit war der Orden unter der Regierung des Erzherzoges Carl, als dieser sich entschloß, die Würde eines Hoch- und Deutschmeisters an seinen Herrn Bruder, den bereits zum Coadjutor erwählten Erzherzog Anton, abzutreten **). Er hielt am 30. Junii 1804 zu Wien sein letztes Ordens-Capitel, und übergab nach demselben die bekleidete Würde seinem Nachfolger ***). Bald brachen neue Stürme aus; Oestreich hatte einen schrecklichen Krieg zu bestehen; nichts war wahrscheinlicher, bey den Vergrößerungen der zu Königen erhobenen Beherrscher von Baiern und Wirtemberg, als der Untergang des Ordens. Doch dieses mahl rettete ihn noch das Schicksal; ja, er schien nunmehr in einen sichern Hafen gelangt zu seyn. Der zu Preßburg am 26sten December 1805 zwischen Oestreich und Frankreich abgeschlossene Friede bestimmte im

*) Gaspari, a. a. O. Th. II. S. 236.

**) Hamburgischer Correspondent, 1804. No. 91.

***) Ebendaselbst No. 110.

Artikel 12: "Die Würde eines Großmeisters des deutschen Ordens, die Rechte, Domainen und Revenüen, welche vor dem gegenwärtigen Kriege von Mergentheim, dem Hauptorte des Ordens, dependirten, die andern Rechte, Domainen und Einkünfte, die zur Zeit der Auswechslung der Ratificationen des gegenwärtigen Tractates mit dem Großmeisterthume verbunden sind, so wie die Domainen und Einkünfte, die besagter Orden zu jener Zeit besitzen wird, sollen nach der Ordnung der Erstgeburt in der Person und der directen und männlichen Decendenz desjenigen Prinzen des kaiserlichen Hauses erblich werden, der von Sr. Majestät dem Kaiser von Deutschland und Oestreich dazu bestimmet wird."

Jetzt war also der Orden völliges Eigenthum des Hauses Oestreich, und niemand ließ sich dieses lieber gefallen als die Mitglieder desselben, die in dieser Bestimmung eine Gewährleistung des künftigen Daseyns des Ordens fanden. Mit ausdrücklicher Zustimmung des Ordens ließ daher Se. Majestät der Kaiser von Oestreich durch den kaiserlichen bevollmächtigten Commissarius Freyherrn von Hügel, am 22sten März 1805 zu Mergentheim "von den Deutsch-Ordenschen Besitzungen und Rechten Besitz ergreifen, um die Dienerschaft in Verpflichtung, die Unterthanen aber in Erbhuldigung für das Oestreichische Kaiserhaus zu nehmen." Nach Ergreifung dieses Civilbesitzes wurden die Dienerschaft und die Unterthanen vor der Hand in die Pflichten des

bisherigen Hoch- und Deutschmeisters Erzherzoges Anton Victor verwiesen. In der Vollmacht für den Freyherrn von Hügel heißt es unter andern hierüber folgendermaaßen:

"Wir Franz u. s. w. thun kund und bekennen durch Gegenwärtiges: Nachdem durch den Art. 12. des am 26sten Dec. v. J. zu Preßburg geschlossenen, und am 1sten Januar d. J. in Wien ausgewechselten Friedensvertrages, die Würde eines Großmeisters des deutschen Ordens, die Rechte, Domainen und Einkünfte desselben, u. s. w., nach der Ordnung der Erstgeburt in der Person und der directen männlichen Descendenz desjenigen Prinzen Unsers kaiserlichen Hauses erblich werden sollen, der von Uns als Chef des kaiserlichen Hauses dazu bestimmet werden wird; nachdem sofort hierdurch das oberste Eigenthum der Hoch- und Deutschmeisterischen und der Ordensbesitzungen auf Unser kaiserliches Haus übergegangen ist, und es folglich nöthig seyn wird, hiervon den vorläufigen Civil- und Militairbesitz zu ergreifen: so haben Wir zu Unserm deßfallsigen Commissair ernannt u. s. w." *) Einige Tage darauf, am 27sten März, zog auch die bis dahin in Mergentheim gelegene französische Besatzung ab **). Keine Protestationen des Ordens nur Anerkennungen ließen sich vernehmen ***).

---

*) Hamburgischer Correspondent, 1806. No. 54.

**) Hamburgischer Correspondent, 1806. No. 56.

***) Siehe Anlage I.

Von dieser Zeit an konnte also mit dem deutschen Orden und seinen Gütern keine Veränderung anders als mit Einwilligung des Hauses Oestreich vorgenommen werden. Ein Axiom, an dem wohl um so weniger zu zweifeln ist, da der Orden selbst in die mit seiner Verfassung vorgenommene Veränderung durch Thathandlungen und ausdrückliche Anerkennungen gewilligt hatte, kein Reichsstand ein Recht zum Widerspruch besaß, oder nur auszuüben sich bereitet hätte, obwohl der Reichstag bis zum 1sten August 1806 in seiner bisherigen Verfassung blieb, auch bey demselben, wenn gleich die Hannoverschen Kurstaaten von Preußen in Besitz genommen waren, selbst ein Kurbraunschweigischer Gesandter, der Freyherr von Rheden, anwesend war, so daß auch das Kur-Collegium vollständig repräsentiret wurde *).

Am 1sten August 1806 erklärte der französische Gesandte am Reichstage, Bacher: "Daß Frankreich die Existenz der deutschen Constitution nicht mehr anerkenne, und daß der Kaiser und König den Titel eines Protectors der Rheinconföderation angenommen habe;"

---

*) Wie hier anticipirend bemerket wird, ist auch Alles, was man aus einer ermangelnden Einwilligung des deutschen Reichs hernehmen wollte, durch den zuletzt anzuführenden Artikel der deutschen Bundesacte gehoben, welcher die mit Orden vorgenommenen Oestreichischen Verfügungen, und also Oestreichs Besitz, als gültig zum Voraus setzt. —

und der Kurerzkanzler brachte die merkwürdige Erklärung zur Dictatur, wodurch die bedeutendsten Fürsten Süd=Deutschlandes eröffneten: "sich von ihrer bisherigen Verbindung mit dem deutschen Reichskörper loszusagen, und einen neuen, den Zeitumständen angemessenen Bund schließen zu wollen."

Die rheinische Conföderation war schon zu Paris am 12ten Julius 1806 geschlossen; und viele deutsche Fürsten verlohren ihre Unabhängigkeit, ohne daß weder sie, noch Kaiser und Reich darum befragt wurden. Jetzt erkannte der Kaiser der Deutschen "die gänzliche Unmöglichkeit, die Pflichten des kaiserl. Amtes länger zu erfüllen, und hielt es seiner Würde schuldig, auf eine Krone zu verzeihen, welche in seinen Augen ferner keinen Werth mehr haben konnte" (6. Aug. 1806). Die deutschen Fürsten willigten, ausdrücklich oder stillschweigend, in die Auflösung des tausendjährigen Reiches, und jeder Deutsche trauerte.

Der deutsche Orden erlitt hierbey weiter keine Veränderung, als daß er nun, wo möglich, noch inniger als vorher mit der österreichischen Monarchie verknüpfet ward, da sein Großmeister aufhörte, Stand eines von der österreichischen Monarchie verschiedenen Reiches zu seyn.

Im September 1806 entschied sich der Krieg zwischen Preußen und Frankreich. Deutschlands Unglück sollte erst seine höchste Staffel erreichen. Preußen erlag. Am 9ten Julius 1807 wurde der Friede zu Til-

sit geschlossen, und ein neues Königreich, Westphalen, entstand. Außer England, Portugal, Sicilien und Sardinien, beeiferten sich alle europäische Mächte es anzuerkennen, nachdem Se. Majestät der König von Preußen in einer rührenden Proclamation vom 24ten Julii 1807, die Unterthanen des neuen Königreiches, welche sonst die seinigen waren, ihrer Pflichten entlassen. "Das Schicksal gebietet (sagte der edele, wahrhaft deutsche, unglückliche Monarch) der Vater scheidet von seinen Kindern! Ich entlasse euch aller Unterthanen-Pflichten gegen Mich und mein Haus. Unsere heißesten Wünsche für euer Wohl begleiten euch zu euern neuen Landesherrn; seyd ihm, was ihr mir waret" *). Weinend erfüllten die Kinder ihres Vaters Befehl, und schwuren ihrem neuen Könige.

Die Besitzungen des deutschen Ordens in Westphalen blieben in ihrer bisherigen Verfassung und Abhängigkeit von Oestreich. Kein Mensch zweifelte daran, daß diese Macht die einzige sey, welche die Berechtigung besitze, über diese Güter zu verfügen.

Im Frühling 1809 brach ein neuer Krieg zwischen Oestreich und Frankreich aus. Am 9ten April überschritten die Oestreicher den Inn, noch einmahl den harten Kampf um Selbstständigkeit zu versuchen. Oestreich blieb ohne Hülfe, wie Preußen ohne Hülfe geblieben: ja, Deutsche und Russen kämpften gegen

*) Hamburgischer Correspondent 1807. No. 127.

daſſelbe. Schon am 24ten deſſelben Monaths erfolgte darauf folgendes Decret des franz. Kaiſers:

"Art. 1. Der deutſche Ritterorden iſt in allen Staaten des Rheinbundes aufgehoben.

Art. 2. Alle Güter und Domainen des beſagten Ordens ſollen mit den Domainen der Fürſten, in deren Landen ſie liegen, vereinigt werden.

Art. 3. Die Fürſten, mit deren Domainen beſagte Güter vereinigt werden, ſollen denjenigen ihrer Unterthanen Penſionen verwilligen, welche dieſelben als Ordensmitglieder genoſſen haben" *);

und am 1ten Juni erließ der König von Weſtphalen das nachſtehende, hierauf begründete Decret:

"Nach Anſicht des Decrets unſeres erhabenen Bruders . . ., datirt von Regensburg den 24ten April d. J., welches den deutſchen Orden in allen Staaten des Rheinbundes aufhebt, und die Güter und Domainen des beſagten Ordens mit den Domainen der Fürſten, in deren Staaten ſie belegen ſind, vereinigt,

haben wir verordnet und verordnen:

Art. 1. Die Beſitznahme der in unſerm Königreiche belegenen Güter und Domainen des deutſchen Ordens ſoll ſogleich von dem General-Director unſerer Krondomainen bewerkſtelligt werden. Er wird ſowohl die verfallenen, als zu verfallenden Einkünfte derſelben erheben.

*) Weſtphäl. Moniteur 1809. No. 66.

Art. 2. Alle Zahlungen, von denen erkannt ist, daß sie nach der Bekanntmachung des gegenwärtigen Decretes von den Pächtern oder sonstigen Schuldnern des ehemahligen deutschen Ordens an andere als den von unserm Generaldirector bezeichneten Agenten und Vorgesetzten geleistet worden sind, sollen als nicht geleistet angesehen werden."

Wurde Oestreich durch diese beiden Verfügungen aus dem Besitze derjenigen Rechte gesetzt, die es tractatenmäßig an den Gütern des deutschen Ordens hatte? — keinesweges. — Kaum war der Krieg begonnen, noch lange nicht beendigt. Es war unmöglich, jetzt schon den Ausgang desselben vorherzusehen; am wenigsten willigte Oestreich in die Abtretung seiner Rechte. Freilich ließ sich nicht daran zweifeln, daß die Ordensschuldner gezwungener Weise an die westphälische Regierung mit der Wirkung der Liberation zahlen konnten, denn ein unumstößlicher Machtspruch des Regenten, kraft dessen an einen andern als den rechtmäßigen Gläubiger gezahlet wird, hebt natürlich auch die Verbindlichkeit des Schuldners auf *); und selbst an den Feind wird, so lange er im Besitz der Obergewalt ist, in sofern er diese anwendet, mit der Wirkung der Liberation dasjenige bezahlt, was man der mit Krieg überzogenen Macht schuldig ist: aber weit unterschieden ist hiervon die Frage: ob die west-

*) Thibaut's System des Pandectenrechts B. I. §. 89.

phälische Regierung rechtmäßige Inhaberinn der Güter des deutschen Ordens in Westphalen geworden, und also damit gültiger Weise Veräußerungen vornehmen konnte? Diese Frage muß verneinet werden. Woher sollte jene Regierung dieses Recht erhalten haben? — Das Haus Oestreich hatte seine an den Orden habende Rechte nicht abgetreten, und von einem Eroberungsrechte konnte ebenfalls nicht die Rede seyn, da, wie bemerkt, der Krieg kaum begonnen, keinesweges aber beendigt war. Hätte also jemand Ordensgüter von der westphälischen Regierung erworben, ehe das Haus Oestreich solche förmlich abgetreten: so würde freylich keinesweges die Landesherrschaft, in deren Gebiethe sie gelegen, solche zu vindiciren berechtigt gewesen seyn, (denn was für ein Recht hätte diese an den Besitzungen einer fremden Macht haben können?) wohl aber das Haus Oestreich. Der Orden war nicht aufgehoben, und trat ein Zeitpunct ein, wo er sich wieder in den Besitz des Seinigen setzen konnte, so that er dieses mit eben dem Rechte, mit dem sich jeder Staat wieder in den Besitz derjenigen Domainen setzt, die der Feind während der Occupation veräußert hat, in sofern diese Occupation durch förmliche Abtretung nicht zu einer sogenannten rechtmäßigen Eroberung geworden. (Die Frage, in wie fern eine Eroberung, ohne förmliche Abtretung, den Character einer rechtmäßigen erlangen könne: ob durch die Länge der Zeit; ob durch die Anerkennung der

größeren Mächte; oder durch den Umstand, daß die Staatsgewalt des eroberten Staates gänzlich, als solche, zu existiren aufhörte u. s. w., ist so schwer zu beantworten, und das practische Völkerrecht äußert sich darüber, den Umständen nach, so verschieden, daß der Privatmann, der seine Ruhe liebt, am besten thut, die Lösung dieses Problems der Gewalt zu überlassen.) Hier kann kein Zwang von dem Erwerber angeführt werden: er will gewinnen, und kann sich um so weniger beschweren, wenn er verliehret, da er die vom Feinde erkauften Güter in der Regel tief unter ihrem Werthe erhandelt haben wird. Hier ist eine wahre emptio spei vorhanden, wenn auch nicht, (wie mir jedoch scheinet) von einer förmlichen Unmoralität die Rede seyn sollte. Ich glaube also, daß die Erwerber von hannoverschen, braunschweigischen und hessischen Domainen sich nicht beschweren können, wenn die rechtmäßigen Landesfürsten das, was ihnen gehört, wieder zurücknehmen; so gewiß es auch ist, daß diese sich die Zahlungen anrechnen lassen müssen, welche die Staatsbürger ihrem Feinde, Statt ihrer, gezwungener Weise geleistet haben.

Also es ist gewiß, bis hier konnten keine Ordensdomainen ohne Oestreichs Einwilligung gültig veräußert werden. Doch die Sache änderte sich: Oestreich kämpfte unglücklich, und Frankreich dictirte den Frieden. Dieser wurde zu Wien am 14ten Oct. 1809 abge-

schlossen, und der vierte, den deutschen Orden betreffende Artikel lautete folgendermaaßen:

"da der deutsche Orden in den Rheinischen Bundesstaaten unterdrücket worden ist, so entsaget Seine Majestät der Kaiser von Oestreich, für Sr. Kaiserl. Hoheit den Erzherzog Anton, dem Großmeisterthume des Ordens in diesen Staaten *), und erkennet die Verfügungen an, die über die außerhalb dem

---

*) Der westphälische Moniteur, 1809 No. 132., hat in der deutschen Uebersetzung, Statt dieser Worte "in seinen Staaten" und in dem französischen Texte, "*dans ses états.*" Beides ist unstreitig irrig: denn eben in den kaiserlich-östreichischen Staaten blieb der Orden, und nur in den Staaten des Rheinbundes wurde er aufgehoben, wie der Nachsatz des Artikels "und erkennet die Verfügungen an u. s. w." deutlich beweiset. Auch selbst in dem Almanach impérial de France vom Jahre 1811 ist der Erzherzog Anton, pag. 53, aufgeführt: "grand maitre de l'ordre Teutonique", so wie dieses auch im Almanach royal de Westphalie von 1813 pag. 47 der Fall ist. Unstreitig befindet sich daher im Original des Friedens-Instrumentes Statt "ses états" — "ces états"; unter welchem Ausdruck nicht die östreichischen, sondern die Rheinbunds-Staaten zu verstehen. Richtig ist daher in Venturini's Chronik des neunzehnten Jahrhunderts, Band VI. S. 277, der fragliche Artikel übersetzt: . . "so entsaget Oestreich für den Erzherzog Anton dem Großmeisterthume dieses Ordens in diesen Provinzen.

östreichischen Gebiethe gelegenen Güter des Ordens getroffen worden. Den Ordensbeamten sollen Pensionen bewilligt werden."

Jetzt hatte also Oestreich seine Rechte an den außer seinen Staaten gelegenen Ordensgütern aufgegeben, und die Verfügungen anerkannt, die Napoleon damit gemacht hatte. Der in Frage stehende Artikel des Wiener Friedens ist ein referens, welches nur aus dem relato, dem französischen Decrete d. d. Regensburg den 24ten April 1809, zu erklären ist: um also zu erfahren, wer jetzt rechtmäßiger Besitzer dieser Güter sey, muß nothwendig auf die Verfügungen desselben zurückgegangen werden. Wem Napoleon die Güter übergeben hatte, der besaß sie rechtmäßig, denn der unstreitig rechtmäßige Besitzer hatte seine Verfügung (so unrechtmäßig sie auch vorher war) anerkannt.

Napoleon hatte den Orden in den Rheinbundstaaten aufgehoben, und die Domainen desselben den Fürsten des Rheinbundes, in deren Gebiethen sie sich befanden, zugetheilt. Die in dem ehemahligen Königreiche Westphalen belegenen Güter waren also dem von ihm und Oestreich anerkannten Könige dieses Staates zugefallen. Beide konnten, der Natur der Sache nach, nicht an diejenigen Fürsten denken, welche der Krieg außer den Besitz ihrer Länder gesetzt hatte: denn beide erkannten sie nicht in diesem Zeitpuncte für Regenten ihrer, ihnen entrissenen Länder an. Auch Oestreich nicht, welches eben so gut als Napoleon einen Ge-

sandten zu Cassel hatte, und wiederum von Westphalen Gesandte erhielt; Napoleon würde sich aber wohl gehütet haben, etwas zum Besten derjenigen Fürsten zu stipuliren, die er selbst ihrer Fürstenthümer beraubt hatte, und für seine unversöhnlichen Feinde achtete.

Jeder der also Ordensgüter von dem Könige von Westphalen kaufte, erhielt sie von demjenigen, der sie von dem bisherigen rechtmäßigen Eigenthümer, dem Kaiser von Oestreich, durch einen feyerlichen Friedensschluß, erhalten hatte.

Ueberdem war der Orden keinesweges überhaupt, sondern nur in den Rheinbundsstaaten, aufgehoben. Wenn daher über die Rechtmäßigkeit der in Frage stehenden Veräußerungen, nach den Abtretungen Oestreichs, noch Zweifel seyn könnten, wenn jemanden das Recht zustehen sollte, Vindicationen anzustellen: so würde doch dieses Recht eher den noch vorhandenen Hoch- und Deutschmeister, als solchen Fürsten zustehen, die auf keine Weise ein Recht an den Ordensgütern darthun können. Auf keine Weise: denn erkennen sie A) die Verfügungen nicht an, welche a) den Orden in Oestreichs Besitz brachten, oder b) halten sie Oestreichs Verfügungen mit demselben für nichtig: dann erkennen sie auch eben hierdurch, in beiden Fällen, die frühere Verfassung des Ordens annoch an, so wie solche (a) entweder nach dem Reichs-Deputations-Recesse, und vor dem Preßburger Frieden, oder (b) wäh-

rend des Zeitraumes zwischen dem Preßburger und Wiener Frieden vorhanden war. In beiden Fällen ist aber ein Großmeister vorhanden, den Vindicationen früher, als ihnen zukommen. Er hat, in dieser Voraussetzung, selbst in den Rheinbundsländern wirksam zu seyn nicht aufgehört. B) Oder sehen jene rechtmäßigen Fürsten die Verfügungen für gültig an, die Oestreich in den Besitz des Ordens brachten und die Cessionen welche Oestreich damit vornahm, nur behauptend, daß diese Cession an die Rheinbundsländer und nicht an die Rheinbundsfürsten geschehen, daß also ihre Länder ebenfalls Antheil an jenen Cessionen nehmen müßten, weil sie zu einem Rheinbundslande geschlagen waren, so steht ihnen dasjenige entgegen, welches ich bereits anführte: nach den ausdrücklichen Worten, sowohl des französischen Decrets als des wiener Friedens, geschahen die Cessionen den Fürsten des Rheinbundes, und also für Westphalen dessen Könige. Wären sie aber auch an das Königreich Westphalen geschehen: so erkannten die aus dem Besitz gesetzten Fürsten so wenig dieses, als dessen Oberhaupt an. Beide existirten nicht für sie. Freilich hatten jene Fürsten ihre Rechte auf die Fürstenthümer nicht aufgegeben, aus denen das Königreich Westphalen zusammengesetzt war, und sie haben vollkommen Recht, und handeln völlig consequent, wenn sie Alles, was während der Zeit, da sie außer Besitz gesetzet waren, gegen ihren Willen mit ihren Domainen vorgenommen ist,

als nichtig ansehen: aber hier ist nicht von ihren Domainen die Rede, sondern von solchen einer fremden Macht, die nicht ihnen, sondern einem von dieser damahl anerkannten Fürsten verliehen worden. So wenig wie sie sich gefallen lassen würden, Verpflichtungen als die ihrigen anzusehen, die der Wiener Friede dem Könige oder Königreiche Westphalen auferlegt hätte; eben so wenig können sie Rechte als die ihrigen betrachten, welche eben dieser nicht ihnen selbst, nicht ihren Fürstenthümern, sondern einem von ihnen nicht anerkannten Könige und Königreiche zutheilte: auch selbst dann, wenn man annehmen wollte, daß die Absicht von Frankreich und Oestreich gewesen, jene Domainen nicht den Rheinbundsfürsten sondern den Rheinbundslanden zuzubilligen. Nichts wäre überdem den Fürsten, von welchen hier die Rede ist, schädlicher, als der Grundsatz, die Rechte, welche ehedem die westphälische Regierung erworben, wären, nach dem Verhältnisse ihrer Territorien zu dem Ganzen des Königreichs Westphalen, die ihrigen geworden: denn da Nachfolger in Rechten auch Nachfolger in Verpflichtungen sind: so würden sie, um consequent zu seyn, auch alle die vielen Verpflichtungen gegen Privatpersonen zu übernehmen haben, die auf dem Königreiche Westphalen lasteten, die aber von demselben nicht erfüllet worden. Wie viele Millionen würde es betragen, wenn sie alle die Lieferungs-, Capital-, Zins- und Besoldungsforderungen, welche das aufgelößte Reich unberichtigt ließ,

nachzuzahlen hätten! Oder kann man jemandes successor vniuersalis in Rechten seyn, ohne seine Verpflichtungen zu erfüllen? —

Man sehe die Sache an, aus welchem Gesichtspuncte man will: so steht den zurückgekehrten Fürsten kein Recht an den veräußerten Ordensgütern zu. Sie hörten auf, Eigenthum des ehemahligen Königs von Westphalen zu seyn, ehe der Sieg der Sache Deutschlandes dessen zurückgelassenes Eigenthum, durch das Eroberungsrecht, zu dem ihren machte. Daß sie die nicht veräußerten Ordensdomainen sich mit Recht zueignen können, haben sie eben dem Umstande zu danken, daß diese vorher dem Könige von Westphalen gehörten: denn ohne diese und die hierauf begründete Verfügung der Bundesacte *), würden sie dem Hause Oestreich, oder dem Orden selbst zurückfallen.

Dieß sind die Gründe, aus welchen ich dafür achte, daß auch in den nicht förmlich abgetreten gewesenen Provinzen des ehemahligen Königreichs Westphalen, diejenigen Personen rechtmäßige Eigenthümer derjenigen Ordensgüter sind, welche solche von der Westphälischen Regierung erwarben.

Ist es aber möglich, daß das Gewicht dieser Gründe noch vermehret werde, so ist es dann der Fall, wenn ein Ordens-Schuldner, auf den Grund des französi-

*) Art. 15.

schen und westphälischen Decrets und des Friedensschlusses gezwungen ward, der westphälischen Regierung, oder Personen, denen sie Ordenscapitalien cedirt hatte, Zahlung zu leisten, und nun von der Rechtsgültigkeit dieser Zahlung die Rede ist. In diesem Falle befindet sich der Verfasser dieser Abhandlung. Seit vielen Jahren hatte die deutsche Ordens-Balley Sachsen, deren Hauptort die im Herzogthume Braunschweig belegene Commende Lucclum ist, ein bedeutendes Capital auf den Rittergütern Groß-Twülpstedt und Groß-Sisbeck, die ihm und seinen Bruder gehören, stehen. Der König von Westphalen cedirte diese Forderung an den Herrn Consistorial-Präsidenten Israel Jacobson zu Cassel, und dieser kündigte dem Verfasser und dessen Bruder das fragliche Capital. Abgesehen davon, daß Herr Jacobson zur Erhebung des Capitals sich legitimirte, wäre es unstreitig als Hochverrath bestraft, den König von Westphalen nicht als denjenigen Souverain anerkennen zu wollen, dem jene Güter rechtmäßig cedirt seyen. Der Verfasser mußte also Anstalt machen zu zahlen. Diese Zahlung ward ihm dadurch erleichtert, daß Herr Präsident Jacobson einen bedeutenden Theil der Capitalien an andere Personen cedirte, die, ohne weitere Sicherheit zu verlangen, den Verfasser und seinen Bruder als Schuldner annahmen. Die Bezahlung von 5600 Rthlr. verlangte aber Herr Jacobson baar. Diese wurden ihm so beschafft, daß er zwei neuen Gläubigern jura cessa gab, und diese von dem

Verfasser und seinem Bruder als ihre Gläubiger förmlich anerkannt wurden. Es war also genau eben so gut, als wenn sie an Herrn Jacobson selbst bezahlten: auch selbst dann, wenn man das Geschäft nicht als nouatio priuatiua, sondern nur als nouatio cumulatiua ansehen wollte *): denn auch in diesem Falle hatte, in Hinsicht des Ordens, die nouatio cumulatiua (die Modificationen und Zusätze, welche die alte Hauptverbindlichkeit in Bezug auf den neuen Gläubiger erhielten) die Wirkung einer Zahlung, weil eben diese Zusätze es waren, wodurch der Verfasser davon befreiet wurde, baares Geld dem Nachfolger des Ordens zu zahlen. Hätte er sich diese Zusätze nicht gefallen lassen wollen, so wäre jene Cession nicht vor sich gegangen, und statt daß ein Anderer für ihn bezahlet hätte, wäre er gezwungen gewesen selbst zu zahlen **).

Diese Gründe stellte der Verfasser vor, als am 19ten Julius 1814 die Cammer des Herzogthums Braunschweig gegen ihn darauf antrug:

"Dem Imploraten aufzugeben, bey Strafe nochmahliger Zahlung, so wenig das gedachte Capital als dessen Zinsen an den Cessionar auszuzahlen, auch binnen acht Tagen sowohl die Person des Cessionars, wenn solche dem Implora-

---

*) Thibaut's Pandecten-System, Bd. II. §. 934. u. 935.

**) Die neuen Gläubiger bestanden nämlich ausdrücklich auf diese Anerkennung.

ten bekannt seyn sollte, als den Betrag der restirenden Zinsen anzuzeigen;" —

welcher Antrag folgendermaaßen motiviret wurde:

"Serenissimus hätten zur Behauptung Höchstdero landesherrlichen Rechte, und zur Abwendung alles dessen, was die Verfügungen beeinträchtigen könnte, welche die hohen verbündeten Mächte bey Gelegenheit des künftigen Friedens, oder sonst in Hinsicht der Güter des deutschen Ordens, zu treffen gut finden möchten, für nothwendig erachtet, für jetzt die Revenüen der Commende Lucclum, so wie die sonst in den hiesigen Landen dem deutschen Orden zuständig gewesenen Einkünfte und Gerechtsame, dergestalt sicher zu stellen, daß solche, auch selbst auf den Fall, daß, wider Verhoffen, darüber anders als zum Vortheile Höchstdero Domainen verfügt werden sollte, sofort, ohne Weiteres, disponibel blieben."

Des Verfassers Vorstellung ungeachtet, blieb es bey dem, ohne ihn vorher zu hören, unter dem 20sten Julius von dem Stadtgerichte zu Wolfenbüttel erkannten Arreste, indem am 9ten Julii 1814 erkannt ward:

"Was die von dem Herrn Imploranten vorgebrachten, die Forderung selbst und die Gültigkeit der darauf geleisteten Zahlung betreffende Einwendung anbelangt, so wird das Verfahren hierüber, als in dieses summarische, einzig die Sicherung etwaniger Rechte betreffende Verfahren nicht gehörig, ausgesetzt" *).

*) Ich bemerkte, daß mein Bruder gemeinschaftlicher Eigenthümer und also Mitschuldner der mit Arrest be-

Da so der Verf. aus der erkannten Arrestanlegung keinen Schaden haben konnte, wandte er kein Rechtsmittel gegen dieses Erkenntniß ein: obwohl allerdings auffallend ist, daß auch derjenige Theil des Capitals unter dem Arreste geblieben, der von ihm so gut als baar zurückgezahlt ward, und also nicht mehr existirte.

---

legten Capitalien sey. Der Arrest mußte also auch gegen ihn ausgewirket werden. Er ist aber in erster Instanz (im Braunschweigischen ist nämlich der privilegirte Gerichtsstand abgeschafft, oder wenigstens suspendirt) einem andern Gerichte als ich unterworfen. Da in den hiesigen neuen Proceßgesetzen das forum identitatis causarum nicht abgeschaffet ist, schwerlich aber solches als ein forum priuilegiatum zu betrachten: so hätte, wie ich glaube, mit Vorbeygehung der Gerichte erster Instanz, sofort gegen beide Imploraten bey dem Landesgerichte, dem Tribunale zweiter Instanz, geklagt werden können. Dieß geschah aber nicht, und mein Bruder ward bey seinem Gerichte erster Instanz belangt. Was die Reichsgesetze (Reichsabsch. von 1570. §. 77. und Reichsabsch. von 1600. §. 23. 24.) verhüten wollten, geschah. Das Kreisamt Vorsfelde, bey welchem gegen meinen Bruder implorirt war, hob den Arrest, in Hinsicht der von uns so gut als baar bezahlten Summe auf. H. Cammer appellirte, und das Landesgericht stellte den Arrest her: jedoch mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß dadurch die Hauptsache nicht präjudicirt werde. Durch eine Appellation war also nichts zu gewinnen.

Der Arrest besteht noch; und die Bundesacte Deutschlands enthält über die Ordensgüter nichts als, Art. 15:

"Die Mitglieder des deutschen Ordens werden ebenfalls, nach den in dem Reichs-Deputations Hauptschluß von 1803 für die Domstifter festgesetzten Grundsätzen, Pensionen erhalten, in sofern sie ihnen noch nicht hinlänglich bewilliget worden, und diejenigen Fürsten, welche eingezogene Güter des Ordens erhalten haben, werden diese Pensionen, nach Verhältniß ihres Antheils an den ehemahligen Besitzungen, bezahlen."

Ist jedoch gleich die in dieser Abhandlung erörterte Frage durch diesen Artikel nicht bestimmt entschieden (unstreitig hielt man dieses, da sie sich selbst beantwortet, für überflüssig): so hat er jedoch in sofern einen wichtigen Einfluß auf die vorliegende Materie, daß er alle Einwürfe, welche man geneigt seyn könnte, daraus herzunehmen, das deutsche Reich (so viel mir bekannt ist) nicht in förmlichen Acten in die Veränderungen willigte, welche mit dem Orden zum Besten des Hauses Oestreich vorgenommen wurden, beseitigt: denn es setzt unstreitig dieser Artikel die Gültigkeit dieser Verfügungen voraus *).

---

*) Die Bundesacte ist dem Verfasser erst nach der Vollendung des Aufsatzes bekannt geworden: sonst hätte er von der hier angeführten Verfügung, obgleich im wesentlichen nicht verschieden, doch in einer andern Stellung im Aufsatze Gebrauch gemacht.

Doch die Käufer der Ordensgüter, noch mehr aber diejenigen Personen, welche an die westphälische Regierung, oder ihre Cessionare, Ordenscapitale bezahlten, können völlig sicher seyn. Ihre Sicherheit beruhet in der Gerechtigkeit der hier interessirten Fürsten. Nie werden sich diese etwas zueignen wollen, worauf sie nicht gegründeten Anspruch haben. Wer könnte so etwas befürchten? Eine Arrestanlage läßt sich entschuldigen, ja vertheidigen. Man wollte alle Theile, auch Oestreich und den Orden, hören *). Es war nur nöthig, daß Wahrheit und Gerechtigkeit freimüthig dargestellet wurden. Sie sind dargestellt, und die Väter des Vaterlandes werden Sequestrationen und Arreste aufheben, die den friedlichen Bürger in dem ruhigen Genusse seines wohlerworbenen Eigenthumes stöhren.

Anlagen
zu vorstehender Abhandlung.

Nachdem die vorstehende Abhandlung bereits zum Abdruck übersandt war, erhielt ich aus sehr lauteren Quellen die in den folgenden beyden Anlagen mitgetheilten Nachrichten.

Durch die Anlage I. erhält dasjenige Bestätigung, was ich über die Anerkennung der Ordensverhältnisse,

---

*) Denn jene Bestimmung der Bundesacte bestand damahl noch nicht.

so wie sie der Presburgische Frieden festsetzte, von Seiten des Ordens selbst und der ehemahligen Mitglieder des deutschen Reichs sagte.

Die Anlage II. enthält schätzbare Nachrichten über die Bestandtheile der Balley Sachsen und deren Veräußerung.

Anlage I.

"Nach dem Abschlusse des Presburgischen Friedens erließen Sr. Majestät der Kaiser Franz II, im Februar 1806 ein kaiserliches Handschreiben an Sr. kaiserl. Hoheit den Herrn Hoch- und Deutschmeister Anton Victor. Durch dasselbe wurden diesem die Bestimmungen des Preßburgischen Friedens in Ansehung des deutschen Ordens förmlich bekannt gemacht, und eröffnet, daß dadurch die Güter und Revenüen dieses Ordens dem kaiserlichen Hause Oestreich zugeeignet wären. Der weitere Inhalt dieses Schreibens ging dahin, daß S. M. der Kaiser Franz die Ernennung des Prinzen, in dessen Person und Nachkommenschaft, diese Güter erblich werden sollten, suspendirten, und Haupt- und Mitglieder des Ordens provisorisch, jedoch mit Vorbehalt alle der Modificationen, welche in Hinsicht des neuen Verhältnisses etwa nöthig befunden werden würden, in ihren Rechten, Würden und Einkünften ließen und bestätigten. Einige solche Modificationen wurden auch sogleich in dem gedachten kaiserlichen Handschreiben gemacht, und sichtbar war dasselbe zu dem Zwecke entworfen, daß es das neue,

von dem Presburger Frieden an sich datirende staats-rechtliche Verhältniß und die Verfassung des deutschen Ordens begründen sollte.

Der Herr Hoch- und Deutschmeister theilte jeder Balley des Ordens eine Abschrift dieses kaiserlichen Handschreibens zur Nachricht und Nachachtung mit, und von jedem Landcommenthur oder Balleychef geschah dasselbe an die Ordensritter jeder Balley. Alle Mitglieder des Ordens waren froh dem gefürchteten Schiffbruche entgangen zu seyn, und keiner widersprach: sondern der Herr Hoch- und Deutschmeister erhielt von allen Balleyen Erklärungen der bereitwilligsten Submission unter den Inhalt des kaiserlichen Handschreibens und Alle richteten sich nur nach diesem.

Die Oestreichische Besitznahme durch den Freiherrn von Hügel zu Mergentheim war ein Act der Förmlichkeit, worüber der Oestreichsche Monarch und der Herr Hoch- und Deutschmeister vollkommen einverstanden waren: und da zu Mergentheim, der Hoch- und Deutschmeisterlichen Residenz, dem Sitze der Regierung und Hofcammer, Alles von dem Herrn Hoch- und Deutschmeister dependent war: so war an irgend einen Contradictionsact nicht zu denken, sondern die Mergentheimischen Behörden waren auf den Act der Besitznahme schon vorbereitet und instruiret.

Der Orden hat demnach seinen Consens sowohl *expresse* als *tacite* ertheilt: expresse durch

die Mittheilung des gedachten kaiserlichen Handschreibens von Oben herab, und durch die von den Balleyen an den Ordenschef darauf erfolgten Erklärungen: tacite dadurch, daß man sich nach dem Inhalte und den Vorschriften dieses Handschreibens bis zum Untergange des Ordens gerichtet hat."

"Von Seiten des Reiches und der Reichsstände ist (schreibt mir ein anderer sachkundiger Geschäftsmann) meines Wissens nichts geschehen und zur Dictatur gekommen. Letzteres ist um so begreiflicher, da zu derselben Zeit die Auflösung des Reiches schon vorbereitet ward, und kurz darauf wirklich erfolgte."

"Ueber die Interpretation des 12ten Artikels des Presburgischen Friedens ist in Hinsicht der darunter zu subsumirenden mehreren oder wenigern Deutschen-Ordensgüter zwischen Oestreich und dem Herrn Hoch- und Deutschmeister an einer, und den Fürsten in Franken und Schwaben, welche Deutsch-Ordensgut zu restituiren hatten, an der andern Seite, viel gestritten. Es folgt aber aus einem Streite über die extensive oder restrictive Interpretation, daß die Streitenden den Artikel selbst nicht als unstatthaft betrachtet, sondern anerkannt haben."

Anlage II.

Die Balley Sachsen bestand, zur Zeit ihrer Aufhebung, aus folgenden Commenden.

1. Lucclum, im Herzogthume Braunschweig-Wolfenbüttel. Hier befand sich die Residenz des Landcommenthurs, und hier war also die Centralverwaltung der Balley.

Das Hauptgut ist von Westphalen an den Hrn. Oberamtmann Wahnschaffe für 600,000 Franken, das Inventarium und verschiedene Pertinenzien an mehrere Personen, ungefähr zu 150,000 Franken, verkauft.

2. Langeln, in der Grafschaft Wernigerode. Von Westphalen an den Herrn Hofrath Heimbach für 233,100 Franken verkauft.

3. Bergen, im Herzogthum Magdeburg. Von Westphalen an die Frau Ninna Herz-Samson verehligte Jacobson für ungefähr 160,000 Franken von Westphalen verkauft.

4. Weddingen, im Fürstenthume Hildesheim. Von Westphalen an den Herrn Consistorial-Präsidenten Jacobson für 140,000 Franken verkauft.

5. Göttingen, an den Herrn Amtmann Spies von Westphalen für 108,000 Franken verkauft.

6. Bürow, im Herzogthume Anhalt-Bernburg. Noch im Besitz dieses Herzogthums.

7. Rosenhagen und

8. Frauenmark, beyde in dem Herzogthume Mecklenburg-Schwerin. Diese Güter sind, dem Vernehmen nach, von dem Herrn Großherzoge von Mecklenburg-Schwerin verkauft.

Die im Westphälischen belegten Capitalien der Balley Sachsen zog der König von Westphalen ein und cedirte und verkaufte sie größtentheils.

XVIII.

Vaterschaft. — Verboth der Untersuchung derselben.

Findet in denjenigen Ländern, in welchen das Gesetzbuch Napoleons wiederum abgeschaffet worden, das Verboth der Untersuchung der Vaterschaft auch noch jetzt in Hinsicht solcher Vaterschaften Statt, von denen behauptet wird, daß sie ihren Ursprung unter der Herrschaft des abgeschafften Gesetzes erhalten?

Der 340. Artikel des Gesetzbuchs Napoleons verboth die Untersuchung der Vaterschaft: eine Verfügung, die, während sie in Frankreich von den juridischen Schriftstellern fast allgemein getadelt ward, (obwohl sie ihren Ursprung nicht erst im C. N., sondern bereits in früheren Gesetzen gefunden), in Deutschland die wärmsten Vertheidiger fand, und von der daher Weber *) glaubte sagen zu können, "daß an ihrer innern Güte und Zweckmäßigkeit jetzt

*) Weber, über die Rückanwendung der Gesetze S. 80. Vergl. Brauer's Erläuterungen über den C. N. Bd. I. S. 344. — Spangenberg's Commentar über den C. N. B. I. S. 325.

wohl kaum noch gezweifelt werden dürfe": einen Zweifel den ich mir jedoch auch in jenen Zeiten erlaubte*). Jetzt fiel diese Gesetzgebung wiederum in allen den Landen weg, in welchen das Gesetzb. N. den frühern oder neuen Gesetzen weichen müssen, und es entsteht die Frage:

ob die Vorschrift des Art. 340. C. N. die Nachforschung, wer Vater eines Kindes sey, ist verbothen, auch noch jetzt auf die Nachforschung solcher Vaterschaften seinen Einfluß äußern müsse, von welchen behauptet wird, daß sie während der Herrschaft des C. N. ihren Ursprung nahmen?

Die große Menge jener verächtlichen Menschen, welche die Napoleonische Gesetzgebung, ohne alle Prüfung, zu der sie größtentheils überdem unfähig, ohne alle Ueberzeugung (als nur in so fern sie stets überzeugt sind, daß Alles vortrefflich sey, woraus sie Nutzen zu ziehen glauben) dem göttlichen Gesetze gleichstellten, und die, bey jetzt so merklich veränderten Umständen, nun die von ihnen vor kurzem in den Himmel erhobenen Normen, für Ausflüsse des bösen Princips ausschreien, dessen sich dieses zur Unterjochung der Welt, als eines fast untrieglichen Mittels, bedienen wollte **): diese

---

*) Meine Rechtswissensch. des C. N. S. 379.

**) Aehnlich jenen sogenannten Religions-Lehrern, die, gleichwie sie die Tempel von niederträchtigen Kriechereien ertönen ließen, jetzt mit pöbelhaften, in

Menschen werden, stets, folgerecht ihrer verächtlichen Natur, sofort ausrufen: alle Wirkung des scheußlichen Gesetzes müsse, bey jetzt wiedereroberter Nationalität, wegfallen.

Nicht so der wahre Rechtsgelehrte, welcher die französische Gesetzgebung nach Prüfung und Ueberzeugung lobte und tadelte. Er erblickt in der aufgehobenen Satzung ein Gesetz, und erkennet es als ein Axiom der ewigen Gerechtigkeit an, daß das neue Gesetz zwar das entgegenstehende ältere von dem Augenblick an aufhebe, den jenes als den Beginn seiner Wirksamkeit ausspricht; daß es aber dieses nicht auch für die Vergangenheit vernichte; und daher die individuellen Rechtsverhältnisse, welche das ältere Gesetz schon mittelbar oder unmittelbar begründet hat, bestehen lasse *). Ein Grundsatz, den das römische Recht eben so deutlich als das französische ausspricht **); und der also auch bey der Beantwortung derjenigen Frage, welche uns jetzt beschäftiget, anzuwenden ist.

Hier wird es nun zuvörderst darauf ankommen, gehörig ins Auge zu fassen: was das französische Gesetz eigentlich verboth? — Nicht war dieses,

---

Dorfschenken gehörigen Schimpfworten um sich werfen, vergessend der Würde, womit billig ihr Stand bekleidet seyn sollte.

*) Weber a. a. O. S. 73.

**) L. 7. Cod. de legib., Art. 2. C. N.

wie der Unverstand es sich öfter vorstellete, die Verpflichtung des Vaters sein uneheliches Kind zu ernähren; diese stand, als durch das natürliche Gesetz begründet, fest: sondern die neue Satzung, dafür achtend, daß das Geheimniß der Vaterschaft mit einem so dichten Schleier verhüllet sey, daß es dem Blicke der Menschen unmöglich wäre, denselben zu durchschauen; die größten Nachtheile aber, sowohl für die Sittlichkeit im Allgemeinen, als für die Sicherheit der einzelnen Staatsbürger, damit verknüpft wären, ihn (ein dennoch vergebliches Unternehmen) gewaltsam zerreißen zu wollen, verboth, in der Regel, alle Untersuchungen der Vaterschaft. Ich sage ausdrücklich in der Regel, denn der Art. 342. C. N. setzt bestimmt die Möglichkeit einer solchen Untersuchung voraus. Eine natürliche Folge jenes Verboths war es daher auch, daß selbst über solche Vaterschaften, während der Herrschaft des C. N., keine Untersuchungen angestellt werden durften, von denen behauptet ward, daß sie ihren Ursprung vor der französischen Gesetzgebung gehabt hätten: das Gesetz verboth, ohne zu unterscheiden *).

Das Gesetz verbiethet aber nur so lange es gilt. So lange dieses der Fall ist, sind die Staatsbürger berechtigt, dessen Anwendung zu verlangen, nicht aber dessen Fortdauer: sonst würde keine gegebene Vorschrift

---

*) Weber a. a. O. S. 81. — Meine Rechtswissensch. des C. N. S. 357.

aufgehoben werden können *). Jetzt gilt das Gesetz, welches das Verboth der Untersuchung der Vaterschaft aussprach, nicht mehr: was könnte also verhindern, daß diese Untersuchungen nicht auch über solche Vaterschaften angestellt würden, die während der Herrschaft des C. N. ihren Ursprung genommen haben sollen? — Ein erworbenes Recht des Vaters, daß diese Untersuchung nicht angestellt werden darf? — Allerdings würde ihm ein solches, gleichsam zu seinem Eigenthume gemachtes Recht von allen Anforderungen befreien. Aber gab ihm das Gesetz eine solche Berechtigung? — Keinesweges länger als es selbst dauerte. Er wird doch nicht behaupten wollen, daß er den Beyschlaf unter der Voraussetzung unternahm, durch das Gesetz gegen jede Untersuchung sicher gestellt zu seyn? denn davon abgesehen, daß er so eigene Schande bekennte: so läge ja in diesem Bekenntnisse selbst das gerichtliche Eingeständniß einer Handlung, welche, in ihren gewöhnlichen und natürlichen Folgen die Vaterschaft zu veranlassen pflegt. Hätte der C. N. ausdrücklich den unehelichen Beyschlaf erlaubt, und die daraus erfolgenden Kinder mit ihren Alimentations-Berechtigungen lediglich an die Mutter verwiesen (eine Unmoralität wovon er weit entfernt war): so wären Rechte und Verbindlichkeiten des natürlichen Vaters und seines Kindes auf beständig festgesetzt, und würde auch dieses Gesetz aufgehoben, so würden doch unter

*) Weber a. a. O. S. 82.

jenen Personen die Rechte und Verbindlichkeiten nicht verändert. Dieß ist aber nicht der Fall. Auch der C. N. läßt dem Kinde seine natürlichen Rechte; aber aus Rücksichten, die er für überwiegend hält, verbiethet er die Untersuchung desjenigen Umstandes, der dessen Rechte begründet. Hieraus erhält der Vater kein Recht, so wenig das Kind daraus eine Verpflichtung empfängt. Das Gesetz hat es allein mit dem Richter zu thun, es verbiethet diesem eine Handlung, die es für nachtheilig dem öffentlichen Wohle hält. Fällt dieses Verboth weg, so hört auch seine Folge auf: und, von den Parteien angegangen, kann er eine Untersuchung anstellen, die nicht mehr für schädlich geachtet wird.

Es scheint mir also keinen Zweifel unterworfen zu seyn: die Untersuchung auch solcher Vaterschaften ist jetzt erlaubt, von denen behauptet wird, daß sie während der Napoleonischen Gesetzgebung ihren Ursprung nahmen.

Wie aber, wenn bereits unter den aufgehobenen Gesetzen erkannt war, daß diese Untersuchung nicht Statt habe? — Auch in diesem Falle, glaube ich annehmen zu dürfen, findet jenes Resultat Anwendung. Was erkannte der Richter? Was wurde gleichsam Eigenthum des Beklagten? — Dieses muß ihm freilich bleiben.

Der Richter konnte nichts weiter erkennen, als daß er zu verfahren gehindert würde. Dem Beklagten

wurde also das Recht durch den Richter zugesprochen, welches ihm bereits das Gesetz zusprach, daß keine Vaterschaftsklage gegen ihn angestellt werden dürfe, so lange jenes Hinderniß bestände. Des Richters Hände werden entfesselt: und er handelt. Worüber kann sich der Beklagte beschweren? — Die Verpflichtungen der Vaterschaft, sobald er sie anerkannt hatte, lasteten auch unter der vorigen Gesetzgebung auf ihn: jetzt hindert den Richter nichts, das eigene Anerkenntniß des Beklagten *) durch das Resultat einer Untersuchung zu ergänzen. Der Richter sprach nur die moralische Unmöglichkeit aus, worin er sich befand, die von ihm geforderte Untersuchung anzustellen. Diese Unmöglichkeit verwandelte sich in die Pflicht, das verbothen Gewesene vorzunehmen. Also auch in diesem Falle wäre der Geschwängerten und ihrem Kinde geholfen.

Wie ich vernehme, befolgt die braunschweigische Jurisprudenz diese Grundsätze.

*) Art. 334. C. N.

XIX.

Vergleichende Bemerkungen über die abgeschafften westphälischen und hergestellten älteren Gesetze, veranlaßt durch des Herrn Vice-Syndicus der Universität Göttingen Dr. Oesterley "practische Bemerkungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren der ältern und neuern Zeit." *)

Wenige Schriftsteller möchten wohl so viel Beruf zu practischen Bemerkungen über die mannichfaltigen Gerichtsverfassungen und Proceßordnungen Deutschlands, sowohl der ältern als neuern Zeit, haben, *als* der Verfasser des bemerkten Werks. Seine gründliche Kenntniß des gemeinen deutschen Processes und der vielfachen Provinzialabweichungen desselben, machten es ihm möglich, die neuen westphälischen Proceßformen in völliger Klarheit, für Deutsche, darzustellen, und, indem die Vorzüge, welche sie vor vielen der alten Formen unstreitig hatten, hervorgehoben wurden, zugleich auf ihre Mängel und Lücken aufmerksam zu machen. Ließen sich die erstern nicht leugnen, wurden sie vorzüglich dadurch augenscheinlich, daß Rechtsstreite, welche durch die Dauer halber und ganzer Jahrhunderte, gleichsam durch Verjährung erwor-

*) Göttingen 1814. 8. 151 S.

bene Inventarienstücke der Gerichte geworden, von den neuen Tribunälen, in kurzer Zeit entschieden wurden: so entging, auf der andern Seite, dem geübten, unpartheischen, und nicht in niedrige Knechtschaft versunkenen Forscher nicht, daß diese, so manches Gute bewirkenden Gesetze, auch große und auffallende Fehler hatten. Aber bey der Beurtheilung dieser Fehler ist wiederum genaue Sachkenntniß und Unpartheylichkeit von nöthen, um nicht das Verdammungsurtheil absolut über Institute auszusprechen, welche nur so lange, Statt des beabsichtigten Nutzens, Schaden brachten, als es an Beamten fehlte, die im Stande gewesen wären, sie der Absicht des Gesetzes gemäß auszuüben. Hierher gehörte vorzüglich der mündliche Vortrag vor Gericht, oder die sogenannte Plaidoirie. Nichts war mehr im Stande, schnell die sämmtlichen Mitglieder eines Gerichts auf das genaueste mit den kleinsten Umständen der zu entscheidenden Streitsache bekannt zu machen, als ein völlig zweckmäßiger mündlicher Vortrag zweier geschickter Anwälte. Wie todt, wie seelenlos, erscheint dagegen eine trockene, hergelesene Relation! Und welche Beruhigung war es für die Parteien, selbst hören zu können, wie sie vertheidigt wurden; ja, wenn sie, am Ende des Vortrags, in demselben Lücken bemerkten, diese ergänzen zu können! Ich erinnere mich, daß ein wichtiger Civilproceß vor dem Tribunale, dem ich vorstand, durch die mündliche Bemerkung eines gemeinen Bauersmannes eine solche

Wendung bekam, daß er zu seinem Vortheile entschieden ward. Wie zweckmäßig waren nicht die von dem beauftragten Richter in verwickelten Sachen öffentlich gehaltenen Relationen! Kann man sich in der Justizpflege etwas Schöneres, als diese Oeffentlichkeit, das sicherste Palladium der Unpartheilichkeit, denken? — Ist dieß deßhalb verwerflich, weil es fremd war? Und doch ward der beabsichtigte erhabene Zweck dieser Institute selten erreicht. Unter zehn Anwälten war kaum einer im Stande, einen befriedigenden mündlichen Vortrag zu halten: die meisten thaten vielmehr nichts, als die von Anwalt zu Anwalt gewechselten Schriften, zur großen Ermüdung der Richter, vorzulesen.

Man nahm von neuen vorzüglich auf die schriftlichen Verhandlungen Bezug, und betrachtete den mündlichen Vortrag als ein nothwendiges Uebel, welchem man wenig Aufmerksamkeit schenkte. Es gab Gerichte, in welchen nie eine öffentliche Relation gehalten ward; überall hatte eine solche äußerst selten Statt, da man es gleichsam gegen die richterliche Würde hielt, sich von Advocaten und Parteien beurtheilen zu lassen. So verlohren zwey der schönsten Institute der neuen Proceßordnung großten Theils ihren practischen Nutzen. Andere Einrichtungen des neuen Verfahrens waren an sich fehlerhaft, oder wenigstens den alten Einrichtungen nachzusetzen. Hierhin rechne ich das Huissier-Institut, welches freilich auch mit dem französischen gerichtlichen Verfahren, ja mit der ganzen Ge-

setzgebung verwebt ist, und daher in einem Lande, wo der C. N. eingeführt werden sollte, schwerlich ganz auszuschließen, aber doch großer und wesentlicher Verbesserungen fähig war. So wie es existirte, war es äußerst schädlich; nicht zu gedenken, daß es in Westphalen fast gänzlich an solchen Subjecten fehlte, die den Posten eines Huissiers vorzustehen im Stande gewesen wären. — Aus diesen wenigen Bemerkungen, die bis zu einem Buche vermehrt werden könnten, ergiebt sich, wie fruchtbar für eine zu verbessernde Gesetzgebung eine genaue Würdigung und Vergleichung der nun von neuem abgeschafften Formen mit den alten werden könnte. Hoffentlich wird auch der Zeitpunct nicht entfernt seyn, wo es erlaubt seyn wird, diese mit Unparteilichkeit anstellen zu können, ohne von roher Einseitigkeit und niedrigem Parteigeiste Anfeindungen zu befürchten zu haben. Zeigt nun gleich die Vorsicht der Aeußerungen des Verfassers des genannten Werks, daß er noch nicht völlig in der Zeit gänzlicher Parteilosigkeit sich zu befinden glaubte: so enthält es doch schon manche Hindeutung auf das Umgestürzte, woraus Gesetzverfasser bedeutenden Nutzen zu ziehen vermöchten, wie schon folgende kurze Würdigung der Abhandlungen, die hier gesammelt erscheinen, zeigen wird.

A. Landesherrliche — Patrimonial-Gerichte.

Der Verf. vertheidigt die Beybehaltung der letztern, in sofern sie geschlossene Gerichte sind, wenn bey Prüfung, An- und Absetzung, Besoldung, Controlle u. s.

w. der Justiziarien dieselben Grundsätze, als bey den landesfürstlichen Richtern beobachtet würden; so daß die erstern sich durch nichts von den letztern unterschieden, als daß sie ein Privatmann präsentirte und besoldete. Grundsätze, die bekanntlich in den neu-organisirten preußischen Provinzen angewendet sind. Ich stimme hierin mit dem Herrn Verf. überein. Macht jene Ehre, wenn es eine ist, einen Theil des Eigenthums eines Privatmannes aus, nimmt man an, daß durch die neuern Ereignisse dieß Eigenthumsrecht nicht aufgehoben, sondern seine Wirksamkeit nur suspendirt ward: so ist auch nicht abzusehen, weßhalb dieß Ehrenrecht, insofern es dem Ganzen unschädlich, genommen werden sollte. Und unschädlich ist es bey den bemerkten Vorsichtigkeitsmaaßregeln unstreitig. Nichts ist gefährlicher als Eigenthumsrechte anzutasten. Die Gränze möchte hier schwer zu bestimmen, und das endliche Resultat seyn, daß nichts sicher bliebe. Freilich ist das öffentliche Wohl das höchste Gesetz: aber kein Privatmann ist verpflichtet, des öffentlichen Wohls wegen sein Eigenthum, ohne vollständige und vorhergehende Entschädigung, aufzuopfern: also auch selbst wenn jenes Institut dem öffentlichen Wohle nicht zuträglich wäre, so daß also dessen Aufhebung ausgesprochen werden müßte, würde der Staat den Privatmann, welcher sein Eigenthum dem Ganzen aufopfert, entschädigen müssen.

B. Trennung der rechtssprechenden von der verwaltenden Behörde. Der Herr Verf. setzt die Gründe für und wider die Trennung der Justiz von der Administration, in den untern Behörden, mit Gründlichkeit und Unparteilichkeit aus einander, ohne jedoch am Ende der Untersuchung einen Ausspruch zu wagen. "Regierungen (meint er) werden auf dem hohen Standpuncte, der ihnen bestimmt ist, und im erweiterten Gesichtskreise, diese Gründe gegen einander mit größerer Sicherheit abwägen, als dem Privatmanne möglich ist, da dabey so viele andere Rücksichten in das Auge zu fassen sind, welche leicht . . . entscheidend seyn können." Ich kann diese übermäßige Bescheidenheit nicht billigen, und nur durch die oben bemerkten Rücksichten entschuldigen. Die Verbindung der Gerechtigkeitspflege mit der Verwaltung scheint mir etwas Unzweckmäßiges; es dünkt mich, man könne dem Justizbeamten mit gleichem Rechte, und zum Theil aus gleichen Gründen, die Seelensorge oder ärztliche Behandlung seiner Gerichtsuntergebenen aufbürden, als man ihn zum Steuereinnehmer, Recrutirungs-Commissair, Wegbauaufseher u. s. w. macht. So lange ein Richter mit fremdartigen Geschäften belastet wird, ist es unmöglich, daß er den nöthigen Fleiß auf das Studium der Rechtswissenschaft, in ihrem so weitem Umfange, wende; so lange er dieses nicht thut, ist gleichfalls unmöglich, daß er auf eine gründliche und tadel-

freye Weise bey der Entscheidung der Rechtssachen seiner Gerichtsuntergebenen zu Werke gehe; nicht zu gedenken, daß oft ein mehr als gewöhnlicher Muth dazu gehören wird, wenn er völlig unparteiische Justiz gegen die ihm vorgesetzte Domainencammer, von welcher er, besonders in Hinsicht seiner Beförderung, abhängt, administriren soll *) —. Hier wäre also das fremde Institut (welches jedoch nicht in allen Gauen unseres Vaterlandes fremd ist) dem einheimischen weit vorzuziehen. Im ehemahligen Königreiche Westphalen waren die Cantons in der Regel viel zu klein. Machte man sie im Durchschnitte ungefähr noch einmahl so groß, als sie waren, so würde sowohl der Richter als der Verwalter des Cantons hinlänglich beschäftigt seyn, und weder Justiz noch Administration dem Staate zu große Kosten verursachen, wie dieses in Westphalen allerdings der Fall war.

C. Trennung der streitigen und willkührlichen Gerichtsbarkeit. Hier unterscheidet der Herr Verf. zwischen solchen Handlungen, welche, der gesetzlichen Bestimmung zu Folge, zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen Bestätigung bedürfen, oder bey denen die Intercession des Richters nöthig ist, — und solchen

*) Freylich sind aber auch die vielfältigen Schwierigkeiten nicht zu verkennen, welche es hin und wider räthlich machten, die gewünschte Trennung für jetzt noch nicht vorzunehmen.

Geschäften, bey denen die richterliche Autorität nicht als Bedingung, sondern nur des öffentlichen Glaubens wegen, eintritt. Die Fälle der ersten Classe verbleiben dem Richter, da die Gesetze seine Thätigkeit ausdrücklich verlangten, die der zweyten würden an Notare verwiesen, über deren Studien, Prüfung, Anstellung und Wirkungskreis der Herr Verf. viel Zweckmäßiges sagt. Ich würde diesem gänzlich beystimmen, da es allerdings etwas Widersprechendes zu seyn scheint, daß dieselbe Person erst einen Act aufnehmen, und nachher, wenn er, versäumter Förmlichkeiten wegen, angefochten wird, darüber urtheilen soll, ob er nichtig sey oder nicht; aber dennoch scheinen die Vorschläge des Verf. nicht leicht ausführbar. Beschränkt man den Wirkungskreis der Notare auf die zuletzt genannten Geschäfte, so wird der Bezirk eines derselben, wenn er einigermaaßen anständig leben soll, zu groß seyn müssen, als daß den Staatsbürgern die nöthige Bequemlichkeit bliebe. Wie ist es möglich, daß ein Kranker, um ein Testament zu machen, Meilen weit einen Notar suche, und wie schwierig wird es oft seyn, ihn eben so fern herkommen zu lassen! Die Gerichtsbezirke sind, ihrer Natur nach, kleiner als jene Notariatsbezirke seyn können, und also der Richter näher. So sehr öffentliche Aemter gesucht werden, so war es doch nicht möglich, in Westphalen für jeden Canton einen Notar zu finden, mancher hatte deren drey zu verse-

hen, und es sind mir Fälle bekannt, daß Kranke, die ein olographisches Testament abzufassen außer Stande waren, aus Mangel eines Notars ohne Testament sterben mußten. Ich würde also dahin stimmen, daß den Richtern die völlige Ausübung der freywilligen Gerichtsbarkeit bliebe, wobey es sich ohnehin von selbst versteht, daß nie ein Richter über die Rechtsbeständigkeit der von ihm selbst aufgenommenen Acte urtheilen kann. Tritt der Fall ein, daß er dieses thun müßte, so ist es seine Pflicht, die Sache an den Oberrichter zu senden, der dann, damit die Parteien nicht die erste Instanz entbehrten, die Sache an einen unparteiischen Unterrichter zu verweisen hat. Doch will ich hierdurch keinesweges auf gänzliche Abschaffung des Notariats-Instituts stimmen: ich bin vielmehr der Meinung, daß eine mäßige Anzahl tüchtiger und rechtschaffener Notare von großem Nutzen seyn könne, um neben den Richtern, die ihnen zukommenden Acte der freywilligen Gerichtsbarkeit auszuüben.

D. Eintheilung der Gerichte. — Instanzen. Ich stimme dem Herrn Verf. darin völlig bey, daß das Institut der Friedensgerichte, so wie es in Westphalen bestand, völlig verfehlt war. Viel zu complicirt waren die Formen, als daß man die Ausübung der friedensrichterlichen Gerichtsbarkeit Nichtjuristen hätte überlassen können; auch ist dieses, so viel mir bekannt, nicht geschehen: für einen Rechtsgelehrten war

es aber in der That äußerst niederschlagend, nur über Bagatell- und Besitzstreitigkeiten urtheilen zu dürfen; so wie es den Gerichtsunterthanen sehr lästig war, sich sofort, wenn die Sache mehr als 40 Rthlr. betraf, an die oft entfernten Tribunale wenden zu müssen, vor denen nicht anders als durch Procuratoren verhandelt werden konnte. Zweckmäßig finde ich daher die hier von dem Herrn Verf. gemachten Vorschläge, in welche ich jedoch, ohne zu weitläuftig zu werden, nicht hineingehen kann. Dahingegen ziehe ich, durch Erfahrung geleitet, in Criminalsachen die westphälischen Einrichtungen den ältern unendlich vor; doch mit der Bemerkung, daß ich vorgeschlagen haben würde, die Criminalgerichte wenigstens mit fünf Richtern zu besetzen, welche dann auch die Function der Geschworenen bekommen, und zuförderst über das schuldig oder nicht schuldig, nachher aber in einer andern Sitzung, und nachdem der Vertheidiger des Angeschuldigten von neuem gehört, über die Strafe geurtheilt hätten. Es scheint mir äußerst hart zu seyn, dem Angeschuldigten, in welchem stets der Mensch zu ehren, den Trost zu versagen, seinen eigentlichen Richter zu sehen, und sich vor ihm persönlich zu verantworten: führt ein Unterrichter die Untersuchung, um die Acten zum Spruch an den Oberrichter zu senden, so hat diese Härte in der That Statt. Freylich werden die Protocolle den Inquisiten vorgelesen, aber

wie wenige möchten im Stande seyn, zu beurtheilen, ob ihre Aussagen völlig nach ihrer Meinung niedergeschrieben worden. Es ist ein wahrer Rückschritt in der Justizpflege, daß die westphälischen Criminalgerichte mit ihrer Oeffentlichkeit und den mündlichen Verhandlungen aufgehoben, und die Angeschuldigten wiederum der geheimen Willkühr überantwortet sind. Nimmt man nun hierzu, das keinesweges, wie Mancher glaubt, allgemein aufgehobene Institut der Tortur, denkt man sich, wie leicht es oft ist, Indicien von solcher Beschaffenheit in den schriftlichen Verhandlungen zu finden, die gesetzlich berechtigen auf diese zu erkennen: so haben wir die scheußliche Möglichkeit, daß ein Angeschuldigter, ohne seinen eigentlichen Richter gesprochen zu haben, verurtheilt wird — weil er schwache Nerven hat. Ich bemerke, daß ich hier keinesweges meiner Phantasie freyen Lauf lasse; mir ist der Fall vorgekommen, daß, noch vor fünf Jahren, in Deutschland, auf die Marterung eines jungen Mädchens erkannt ist, welche des Kindermordes angeschuldigt war. Hier sollte also ein menschliches Wesen, dessen Schuld doch keinesweges klar war, sonst würde das Endurtheil erfolgt seyn, ohne den Richter gesehen zu haben, einer Probe unterworfen werden, gegen welche die Gottesurtheile Vernunft sind: denn bey diesen hätte die Angeschuldigte doch wenigstens vom Zufall Gerechtigkeit zu erwarten gehabt, hier war es gewiß, daß

sie, einer scheußlichen Marter unterliegend, sich selbst für schuldig erklären mußte. — Ich füge nichts über die Zweckmäßigkeit der Correctionsgerichte hinzu, die allgemein anerkannt ist. Hier hätten wir also von den fremden (ursprünglich germanischen) Einrichtungen vieles beybehalten können!

E. Aufsicht über die Justizpflege. Bey keinem der vielfältigen in dem genannten Werke abgehandelten Gegenstände weicht meine Ansicht mehr von der des kenntnißreichen Verfassers ab, als bey dem vorliegenden. Es glaubt nämlich Hr. D., daß es zweckmäßig sey, die Aufsicht des *ministère public* (natürlich unter einem andern Nahmen) über die Gerichte, Anwälte u. s. w., ungefähr in eben der Art wieder einzuführen, als wir dieses Institut in Westphalen haben kennen lernen. Ich gestehe, daß ich von demselben, in Civilsachen, gar keinen Nutzen erblickt habe. Zuvörderst scheint es unnatürlich zu seyn, eine einzelne Person, die bey demselben Gerichte angestellt ist, zum Aufseher eben dieses zu bestimmen. Die erste Folge solcher Anordnung mußten Anmaaßung und Zwistigkeiten seyn, die denn auch in Westphalen nicht fehlten. Ungleich einfacher und natürlicher scheint es mir, den Gerichten der zweiten Instanz die Verpflichtung einer strengen Aufsicht über die Unterrichter und dem höchsten Gerichte über die der zweiten Instanz aufzulegen, das Ganze aber auf das Schärfste von dem Ju-

stizministerium, dem allgemeinen *ministère public* controlliren zu lassen. So wird niemand in dem ihm gebührenden Ansehn gekränkt, und der vorgesetzte Zweck um so eher erreicht werden, wenn bestimmt würde, daß alle Beschwerden über verweigerte und verzögerte Justiz nicht nur weder Stempel noch Gerichtskosten nach sich zögen, sondern auch die der Verzögerung angeklagten Unterrichter verpflichtet würden, ex officio über die Beendigung der in Frage stehenden Sache zu berichten. Bey der Wirkung, welche bisher die Beschwerden über verzögerte Justiz hatten, zogen sie freylich nur Kosten für die Partei, nicht aber das Fortschreiten der Sache nach sich. Mir ist ein ehemahliges westphälisches Gericht bekannt geworden, dessen ***sche Vorgänger fast keine Acte hinterlassen hatten, die sich nicht mit drey oder vier *mandatis de administranda iusti* endeten, ohne daß sie die geringste Wirkung gehabt hätten, als daß sie der Extrahent zu bezahlen schuldig gewesen war. Hätte der angeschuldigte Unterrichter die Verpflichtung gehabt, ex officio über die Befolgung des ersten Mandats an den Oberrichter zu berichten: so wäre der Zweck, ohne daß es eines *ministère public* bedurfte, sicher erreicht.

F. Gerichtsstand. Die bekannten Gründe, welche die Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes anrathen, in ihrer ganzen Stärke vorgetragen.

G. Advocaten — Procuratoren. Treffende Bemerkungen über das Unzweckmäßige des Lehrjahres des Candidaten bey einem bereits angenommenen Sachwalt.

H. Huissiers. Schädlichkeit des Instituts.

I. Sporteln. Den hier mitgetheilten treffenden Bemerkungen glaube ich folgende, gewiß nicht unwichtige, hinzufügen zu dürfen. Im Königreiche Westphalen bestand ein äußerst hoher Stempel für die gerichtlichen Verhandlungen. So mußten, z. B., die Schriften der Parteien gänzlich auf Stempelbogen zu 25 Centimen, oder 1 Ggr. 10 Pf., geschrieben werden. Die Größe dieser Abgabe milderte sich aber dadurch, daß die Hauptvorträge mündlich geschahen, und also keinem Stempel unterworfen waren. Jetzt ist in dem ehemahligen Königreich Westphalen der schriftliche Vortrag hergestellt, aber die Stempelgesetze sind (wie fast alle Steuergesetze) fast überall bestehen geblieben, so daß jetzt die Parteien zu ihren sämmtlichen schriftlichen Verhandlungen jenen ungeheuern Stempel anzuwenden verpflichtet sind. Milde Regierungen werden gewiß gern eilen, diesen die Justiz unglaublich kostbar machenden Umstand zu beseitigen.

K. Anordnung der Proceßordnung. Außer vielen, sowohl die Verhandlungs- als Untersuchungsmaxime betreffenden richtigen Bemerkungen theilt der Hr. Verf. die Uebersicht einer vollständigen Proceß-

Bayerische Staatsbibliothek München

oder vielmehr Gerichtsordnung mit, durch welche die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gebracht werden soll. Als eine Fortsetzung dieser Materie sind die folgenden Abhandlungen: L. Selbstleitung des Processes — Direction des Gerichts; M. Fristen; N Präjudiz der unterlassenen Antwort auf die Klage und O Oeffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen, anzusehen. Der Verf. verwirft die letztere, und ich muß diesem aus Erfahrung, in Civilsachen, völlig beystimmen: so sehr ich für die Oeffentlichkeit der Criminalverhandlungen, dem wahren Palladium der bürgerlichen Freyheit, bin. Dahingegen bin ich stets der Meinung gewesen, daß die Actenverschickung eines der herrlichsten uns von unsern Vorfahren hinterlassenen Institute und daher, unter den nöthigen Einschränkungen, überall herzustellen oder beyzubehalten sey, wo der deutsche Proceß dem Verfahren zum Grunde liegt. Mag es immer seyn, daß auch dieses Institut Mißbräuchen unterworfen sey, seine großen Vortheile sind überwiegend. Wie oft werden nicht die irrigsten Meinungen in den Gerichten herrschend, was für ein Mittel dagegen, wenn man die Actenverschickung verwirft?

Ich glaube den Herrn Verf. zur Fortsetzung seiner, die größte Sachkenntniß darthuenden Bemerkungen auffordern zu dürfen, zugleich aber auch, mit entscheidender Freymüthigkeit seine Meinung unverhohlen zu

Bayerische Staatsbibliothek München

sagen, und das Alte wo es tadelswerth ist, freymüthig zu tadeln. Konnte dieses auch eine Zeitlang gefährlich seyn: so ehren unsere Regierungen zu sehr sich selber und den freyen deutschen Schriftsteller, als daß sie ihm dieses verübeln sollten.

Noch glaube ich hinzufügen zu dürfen, ohne, nach obigen freymüthigen Aeußerungen den Vorwurf der Schmeicheley auf mich zu laden, daß die provisorisch in dem Herzogthume Braunschweig-Wolfenbüttel eingeführten neuen Proceßformen, die den gemeinen deutschen Proceß in seinem Wesentlichen bestehen lassen, die höchste Aufmerksamkeit aller deutschen Gesetzgebungen verdienen. Auch in der Anwendung zeigen sie sich als musterhaft. Doch das herrliche Institut der Actenverschickung fehlt in ihnen: mit Sehnsucht wünsche ich es zurück!

Druckfehler.

S. 48. Zeile 6. statt placidum lies placitum.

S. 64. Z. 8. lies März statt May.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strombeck, Friedrich Karl <<von>>,

Beiträge zur Rechtswissenschaft Deutschlands

Göttingen 1816

Bibl.Mont. 4405
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10724928-9